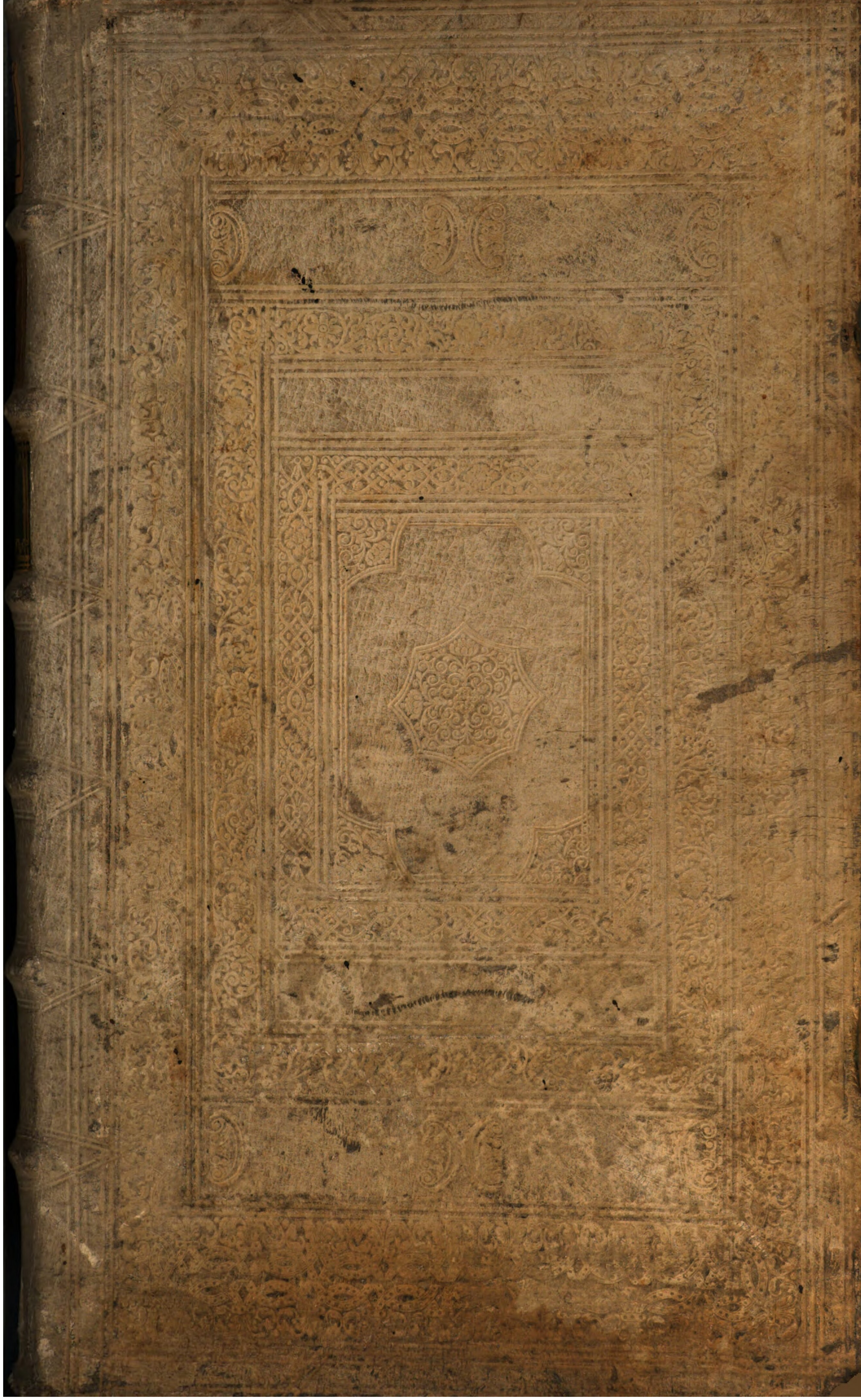




2^o Juv Opp 58 - 2

Noeth



2574.

<36635334380019

<36635334380019

Bayer. Staatsbibliothek

GERARDI NOODT,
NOVIOMAGI,
JURISCONSULTI ET ANTECESSORIS.
OPERUM
OMNIUM
TOMUS II.
CONTINENS
COMMENTARIUM
IN
D. JUSTINIANI,
SERENISSIMI PRINCIPIS,
LIBROS XXVII.
DIGESTORUM
SIVE
PANDECTARUM,
JURIS ENUCLEATI EX OMNI VETERE JURE COLLECTI.
EDITIO RECENS
IN GERMANIA.
SUPERIORUM PERMISSU.



COLONIÆ AGRIPPINÆ,

SUMPTIBUS, FRANCISCI WILHELMI JOSEPHI METTERNICH.

M DCC LXIII.

GERARDI NOODT.
NOVIOMAGI.
JURISCONSULTI ET ANTecessoris.

OPERA
MURM

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

TOMUS II.
CONTINENS
COMMENTARIUM

D. JUSTINIANI.
SERENISSIMI PRINCIPIS.

LIBROS XXVII.
DIGESTORUM

PANDectarum,
JURIS PANDectarum OMNIUM FIDEI PURE COLLECTA

EDITIO RECENTIOR
IN GERMANIA
SUPERIORUM PERMISSU



COLONIAE AGRIPINAE.

SUMPTIBUS, FRANCISCI WILHELMII JOSEPHI METTERNICH.
MDCCLXXIII.

GERADINODT
IN POSTERIOREM COMMENTARII EDITIONEM AD
ERUDITUM LECTOREM
PRÆFATIO.

Quem in honorem tuum, Erudite Lector, omniumque Jurisprudentiam bona fide amantium, hujus seculi anno XV. evulgavi commentarium in quatuor priores libros Pandectarum sive Digestorum Juris enucleati, ex omni vetere Jure collecti a D. Justiniano, Sacratissimo Principe, eum Commentarium exiguo admodum tempore absolvi, sic ferentibus rebus meis. Ejus nunc ecce secundas curas: quibus volui, aliquod illi adjicere novum decus: simul pluribus Veterum locis majus aut ante non animadversum præferre lumen. Si placuit prior labor, coarctatus intra quatuor illos libros; non displicebit præsens, usque ad octavum & vigesimum porrectus. Consilium erat, præter hos, etiam reliquos usque ad finem pari cura & diligentia exponere, emendare, restituere. Sed dum hoc meditor; mihi evenit, quod plerisque. Plus speravi de facultatibus meis, quam in his est. Nimirum blandiebantur mihi indultæ Divina benignitate vires aliquanto firmiores, quam illa ætate sint aliorum. Ne habebam quidem queri aut de vigore qualis qualis mei judicii, aut de fide memoriæ, subsidiis illi fini opportunis & necessariis. Gaudebam: visus, his salvis, quæ destinavi, absoluturus omnia. Sed o spes fallaces! cum mihi suppeterent illa Naturæ bona, nec esset quid magis in votis, quam pro portione longius pleniusque consulere egregio publico literarum; tandem me deprehendit senectus non procul ab anno octuagesimo: monens jam indies magis ac magis, ne procedam ultra librum septimum & vigesimum. Eo perveni. Quid restat? nisi ut cedam ego fatigantibus me studiis quibus ante oblectabar. Tu vero patiaris, me facere scribendi finem: quasi in hoc genere satis patriæ Priamoque dato. Quid, si nec deerunt huic seculo homines, ingenio & doctrina nobiles: qui excitati studio veræ laudis Opus cceptum nova industria forsan felicius executuri sint. Tu interim, Erudite Lector, si mea Tibi profuit mediocritas: primum agito gratias Deo Optimo Maximo cujus beneficio ei suffeci hætenus. Deinde ne desinito favere mihi qui Tibi ultra quinquaginta annos scribendo aut docendo benefacere studui. Vale. Dabam Lugduni Batavorum anno Domini MDCCXXIV.

GERARDINOODT

IN PRIOREM COMMENTARII EDITIONEM

PRÆFATIO.

Et si complures homines & dignitate & doctrina eximii, credo amantes mei, sæpe a me efflagitaverint, ut ad Justiniani, Sacratissimi Principis, Digesta sive Pandectas Juris enucleati, ex omni vetere Jure collecti, aliquem meo ingenio componerem Commentarium: tamen ut facerem, nunquam a me impetrari, passus sum: causatus, esse rem magni & animi & operis; desiderare vero eruditionem copiosam; tum judicium par materia, Artem amplissimam libris quinquaginta complexæ. Verum quod deprecatus fui, integra ætate: quod mirere, flexa aggreddior prope ultro, postquam constitueram facere scribendi finem. Nimirum a juventute assuetus vero labori, non diu sustinui, senectutem, qua, Dei beneficio fruor felice, & vacua ab ejus incommodis, ignavo otio transigere, specie quietis. Certe metui, committere; ne pergerem, pro portione in commune conferre, quidquid quali quali lectionis meditationisve meæ usu possit ad aliquorum commodum fructumve pertinere. Ea igitur motus verecundia, quod ceperam consilium, muto: sumens commentandi initium a prima Digestorum sive Pandectarum parte, quatuor libris comprehensa: mox ceteros quoque, si Deus sinet, expliciturus. Sic vero me in præsentiarum composui; ne ingressus vulgare iter, demum aliena sequeretur vestigia; sed aliquid industriæ vel meæ vindicarem. Hunc in finem attigi pleraque Veterum Fragmenta: atque ut sunt non unius temporis, neque unius sectæ, neque unius generis, amplius nullo posita ordine, aliquando fugitiva, sæpe abrupta, etiam vitata atque interpolata, passim obscura ac perplexa: ita illis aliter atque aliter consului; prout historia temporis, aut progressus Juris, etiam usus Latini sermonis, & Inscriptionum legum singularum opportunitas fidesque, tum constantia vacillatiove manuscriptorum editorumve librorum, aut alioquin prudens & necessaria emendatio interpunctiove inprimisque facti species, suaderent. Idemque aut simile circa Imperatorum Rescripta & Constitutiones in Codice observavi. Nam de Edicti perpetui restitutione atque interpretatione, cujus præcipuam habui curam, cæteraque, quam præterea tenui via, nihil addo: arbitratus, melius apparituram ipsius lectione Operis, & duabus Dissertationibus: una De civili prudentia, altera de causis corruptæ Jurisprudentiæ: quas editas inter cætera mea Opera hic pro Præfatione haberi postulo, Illud non dissimulo, quod Commentarii hujus compositionem tanta festinavi diligentia; ut intra septem menses inchoaverim absolverimque fere horis subsicivis, nullo muneris mei damno. Maluissim equidem plus impendere temporis: quo magis maturuissent universa. Sic fortasse etiam aliquam accepiissem lucem ex Jurisprudentia Ante-Justinianeæ Viri Clarissimi. Antonii Schultingii, Collegæ & Cognati mei: in qua Veterum Fragmenta, extra Juris Justinianeæ Corpus, extraque Codicem Theodosianum errantia, insigni eruditione diligentiaque brevi dabit illustrata. Insuper licuisset mihi, uti variis lectionibus, quas ex novissima Codicis Florentini, aliorumque exemplarium manuscriptorum, ab Henrico Brenckmano, Viro Docto & Ingenioso, quondam Auditore, nunc Amico meo, quodam cum desiderio expectat literatus orbis. Sed cupienti mihi, etiam in sequentibus Digestorum seu Pandectarum partibus adjuvare Juris Studiosos, forte dilatio nocuisset casu mortalitatis. Indicavi iter & rationem suscepti Operis. Quæris exitum? Non est meum, laudare mea: sicut nec habeo vituperare. Licebit tamen mihi sine arrogantia confiteri, plurima esse a me non dicam clarius aut plenius quam hætenus tradita atque exposita: sed noviter inventa detectave, ante non animadversa; cum essent observari & detegi non indigna. Maxime autem allaboravi, ut Jurisprudentia quæ plerisque occurrit parum amena, magis tristis atque austera, postremo quanta est, nil nisi vana atque inanis subtilitas, deinceps legi possit tamquam pulchra & elegans historia rerum civilium, simul officiorum publicorum privatorumque Populi Romani, a ratione naturali, cultuque sapientiæ, minime aliena; & contra ad vitæ societatem, qua carere nequit mortale genus, jure ac legibus, pro varia rerum, temporum, morum opportunitate, regendam accomodatissima. Vale. D. Lugduni in Batavis M DCC XV. Kalend. Decemb.

GERARDI NOODT,
Jurisconsulti & Antecessoris,
COMMENTARIUS
AD DIGESTA SEU PANDECTAS.
LIBER PRIMVS.
TITULUS I.

De Iustitia & Iure.



RECTE atque ordine monet Ulpianus in limine Institutionum, (nam ex lib. 1. est *l. 1. h. t.*) Juri operam daturum prius nosse oportere, unde nomen Juris descendat. Illud durius: quod dicit, jus esse a justitia appellatum: causat, jus esse artem boni & æqui. nam ad præcepta Grammatices respicientibus, justitia a jure, & jus a jubendo, dicitur. nec improbabile est, Veteres, nondum reperta litera R, jura pro jura dixisse: eoque Festum respicere: apud quem *jussa jura*. Nolim tamen, idcirco reprehendi Ulpianum. non est enim una Grammaticorum etymologia, est & altera Philosophorum, a superiore diversa. illi testantur origines verborum: hi rerum, auctore Isidoro *lib. x. Origin. pag. 1067*. Igitur sicut Grammatici justitiam a jure, jusque a jubendo, derivant: sic Ulpianus, Philosophos imitatus, jus a justitia appellatum esse, existimat: hac adjecta ratione: Quod jus est ars boni & æqui. sensus: Quod finis artis æqui & boni, quam jus appellamus, est justitia, ipsa natura prior arte, ad obtinendum finem comparata. Pari forma Isidorus, homo, inquit, dicitur ab humanitate: quia prior est humanitas, quam homo: etsi homo ab humo, secundum Grammaticos, derivetur. Esse igitur jus a justitia appellatum, Ulpianus ait. Ut vero intelligeretur dignitas artium principis; ad ejusque studium, sane sanctum, & humano generi utilissimum, nobiles incitaret homines; non minus egregie, quam opportune, subjicit §. 1. *d. l. 1.* quod hujus, id est, justitiæ, merito quis nos Sacerdotes appellet: justitiam (inquiens) namque colimus, & boni & æqui notitiam profiteamur: æquum ab iniquo separantes: licitum ab illicito discernentes: bonos non solum metu pœnarum, verum præmiorum quoque exhortatione efficere cupientes: veram (nisi fallor) philosophiam, non simulatam, affectantes.

Hæc justitia (qua de est prior Rubricæ pars) ab Ulpiano *l. 10. h. t.* definitur, constans & perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi. Pulchra hercule definitio! paucis tamen examinanda. Prima

verba, *Constans & perpetua voluntas*, (ut ostendi *lib. 3. Probabilium c. 1.*) habitum animi seu voluntatis indignant: simul, quod justitia non æstimatur actione, quantumvis justa: sed voluntate constante ac perpetua juste agendi; nec alio fine, quam ut justitia exerceatur. proinde si spes, aut metus, aut error, hominem improbum ac nefarium invitet trahatve ad æqui bonique observantiam; is idcirco non meretur viri boni ac justii nomen. contra quoque, si error, aut impetus, necessitasve, impellat eo quo nolit, virum justum; nec is ideo talis esse desinet atque injustus fiet. neuter enim quod fecit, voluit: sed alter spe aut metu, alter errore aut necessitate, ad id quod noluit, est abreptus: atque interim mansit utriusque animus, qualis fuit, bonus aut malus. sed hoc quia pluribus executus sum *d. c. 1. lib. 3.* sufficit hic attigisse obiter. Est igitur justitia Ulpiano constans & perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi. nec dubito; quin juris appellatione complectatur dignitatem, seu facultatem, unicuique legibus aut moribus competentem. nam jus a Veteribus hoc usurpari sensu, multis observavit V. Cl. Gulielmus Budæus *Annotat. in Pandect. p. 212.* rem autem indicat Cicero *lib. 2. De invention.* his verbis: *Justitia est habitus animi, communi utilitate servata, suam cuique tribuens dignitatem.* Sic Cicero. nec aspernor hanc adjectionem, *Communi utilitate servata*: cujus etiam sequente meminit definitione *lib. 5. De finibus.* *Justitia est animi affectio, suum cuique tribuens, & hanc societatem conjunctionis humane miscere & æque tuens.* At enim Ulpianus hanc clausulam in sua definitione omisit. Sed nec veruit, in ea subaudiri. non enim putavit, esse justitiæ suum cuique tribuere, ut perdat, sed ut juvetur, utilitas humanæ conjunctionis: alium finem, quam procurandi cujusque salutem, non habentis. res certa; & dudum notata Aristoteli *lib. 5. De moribus c. 3.* quem ut alias, ita in proposito, sequitur Ulpianus *l. 12. §. 11. D. Mandati, & l. 4. §. 1. & 2. D. Famil. ercisc.* quas cum aliis adduxi *d. lib. 3. c. 2.*

Habes justitiæ definitionem. exspectas divisionem. est celebris hæc Aristotelis *d. lib. 5. c. 2. & 3.* quod alia est universalis, alia particularis. Universalis complectitur virtutes omnes. est enim fortitudo; cum jubet, in acie locum tenere, non fugere, non arma abicere. est temperantia; cum vetat, alicui inferri stuprum, aut adulterium. est lenitas seu mansuetudo; cum vetat, aliquem verberari, aut ei male dici. & sic in cæteris. hanc igitur justitiam Aristoteles facit eandem perfectæ virtuti: etsi non simpliciter; sed quatenus refertur ad alterum. scilicet animadvertens, justitiam esse virtutem ad alterum; functionesque cæterarum virtutum similiter posse referri ad alterum: eo respectu, inquit, posse justitiam se illis miscere, & quodammodo virtutem dici totam vel perfectam, quod & Justinianus patitur *Novell. 69.* Particularis justitia consistit in servanda inter homines æqualitate. hanc justitiam Aristoteles vocat superioris partem: eo quod pleræque ejus actiones ita sunt ad alterum; ut ad fortitudinem, temperantiam, mansuetudinem, aliasve virtutes, referri nequeant continet igitur justitia latiore sensu omnia officiorum genera; ac nescio, an hoc sensu sic scribat Macrobius *In somnium Scipionis lib. 1. c. 8.* *Justitia est, servare unicuique, quod suum est. de justitia veniunt innocentia, amicitia, concordia, pietas, religio, affectus, humanitas. His virtutibus vir bonus primum sui, atque inde reipublica rector efficitur, juste ac provide gubernans humana, divina non deserens.* Strictiore significatione justitia sola comprehendit munera quibus alicui tribuitur, quod ipsi aliqua causa debetur. sic vero dividitur in distributivam & commutativam. altera dicitur consistere in distributione honoris, præmii, aut cujuscumque rei cujus participes sint omnes ejusdem civitatis cives. altera dicitur occupari correctione eorum quæ in rebus contrahendis contingunt; sive sponte, ut in contractibus; sive involuntarie, ut in delictis. hæc dicitur servare proportionem arithmetica: illa geometrica. est autem, ut hoc addam, arithmetica proportio, ubi numeri a se paribus distant spatiis, hac forma: duo, quatuor, sex, octo. contra observatur in geometrica. fit enim instituta comparatione: hoc modo, sicut se habent quatuor ad duo, sic se habent sex ad tria. unde efficitur, ut in justitia commutativa in qua solæ spectantur res de quibus agitur, non merita hominum quorum res sint, omnes homines sint æquales. cespitavit hic, quod ægre dico, ex Veteribus Papinianus: castigatus eo nomine ab Ulpiano *l. 20. D. de minoribus.* libentius laudo Senecam, sic scribentem *De benefic. lib. 4. c. 28.* *Jus fori omnibus dicitur: pace etiam homicida fruuntur: sua repetunt, etiam qui aliena rapuerunt. percussores & domi ferrum exercentes murus ab hoste defendit: legum præsidio qui plurimum in illas peccant, protegentur.* Sic in commutativa justitia. at in distributiva, quia homines, eorumque merita, comparantur: melior est conditio viri nobilis, quam plebeji, licet idem fiat ab utroque: pulchra ratione quam dat Seneca *d. lib. 4. De benefic. c. 30.* verbis sequentibus: *In petendis honoribus, quosdam turpissimos nobilitas industriis, sed novis prætulit. non sine ratione sacra est magnarum virtutum memoria: & esse plures bonos juvat, si gratia bonorum non cum ipsis cadat.* Et post. *Hoc debemus virtutibus, ut non præsentibus solum illas, sed etiam ablatas & conspectu colamus quomodo illa id egerunt, ut non in unam aetatem prodesse; sed beneficia sua etiam post ipsas relinquerent: ita & nos non una aetate grati sumus. hic*

magnos viros genuit, dignus est beneficiis, qualiscumque est, dignos dedit. hic egregius majoribus ortus est, qualiscumque est, sub umbra suorum lateat. ut loca sordida percussu solus illustrantur, ita inertes majorum suorum luce resplendeant. Satis de sententia Aristotelis. tantum monebo: quod ea non semper obtinet in jure nostro. Primum quis ignorat, pupillis, minoribus, fœminis, militibus, sua dari privilegia quæ aliis negantur in justitia commutativa? jam vero beneficium competentia quod multis conceditur, an alio pergit, quam ut hi in solidum non teneantur, etsi sic cæteri obligentur? præterea ait Labeo, actionem de dolo non esse dandam liberis vel libertis adversus parentes patronosve, nec humili adversus eum qui dignitate excellit, puta, plebejo adversus consulem receptæ auctoritatis, vel luxurioso atque prodigo aut alias vili adversus hominem vitæ emendatioris *l. 11. §. 1. D. de dolo malo.* age vero quo pertinet, quod Justinianus *l. 26. C. de usuris* jubet, usuras pro diversitate personarum alias atque alias præstari? præter hæc habeo exemplum in quo justitia distributiva custodit proportionem arithmetica, & ex diverso justitia commutativa proportionem geometricam. extat id in *l. 1. D. de his quæ ut indignis*: in qua proponitur libertus legato honoratus a patrono, cum ad fiscum detulisset tamquam illicitæ mercis negotiatorem. tam vero ei datur præmium de republica ob delationem patroni, quam cuivis alii: ac licet præmium acceperit a republica, nihilominus repellitur a legato, quod ei reliquit patronus. utrumque recte adversus Aristotelem. non enim minus fuerat reipublicæ utilis, quod patroni memoriam post rempublicam habuerat. rursus fecerat se indignum patroni benevolentia; quod fuerat patroni proditor: etsi ejus offensionem reipublicæ imputaret. quid, si ne in pœnis quidem Jurisconsultis placet Aristoteles? utique ille sicut delicta comparat contractibus; (quod etiam nostri faciunt *l. 52. D. de re judic. & alibi.*) sic in utrisque suadet proportionem arithmetica. at nostri in delictis pœnas taxant proportionem geometrica: honestiores levius, viliores gravius, punientes *l. 16. l. 3. §. fin. D. Ad leg. Corn. de sicar. l. 1. D. de fursib. baln. l. 1. §. 1. & 2. D. de effract.* usque adeo, ut subinde delicta æstiment ex persona ejus qui fecit, & ejus qui passus est *l. 16. §. 3. D. de pœnis.* vice etiam versa est, ubi honestiores gravius, quam cæteri, plectuntur; ut in peculatu: ex quo morte punitur Magistratus, eum admittens, durante administratione: cum alii levius puniantur *§. 9. Inst. de public. judic.*

Altera Rubricæ pars est De jure. quod Paulus *l. 11. h. t.* pluribus modis dici ait, non exponam omnes. saltem dicam, quod Ulpianus *l. 1. h. t.* Celsum sequutus, jus definit, artem æqui & boni: id est, artem quæ sit quasi interpretis legis primæ & magnæ, profectæ a ratione naturali, illa divina, ad quam exigi omne jus humanum oportet: quando (ut Paulus ait *d. l. 11.*) semper est æqua & bona: ideoque sola hominibus in omni vitæ colore sine exceptione salutaris. Hoc jus ab Ulpiano *l. 10. §. ult. h. t.* vocatur Jurisprudencia; definiturque divinarum atque humanarum rerum notitia, justî atque injusti scientia. cum ait, esse notitiam divinarum atque humanarum rerum; eam comparat Philosophiæ. at cum addit, esse justî atque injusti scientiâ; utramque distinguit. nec improbo: nam ut Jurisprudencia, sic Philosophia, occupatur circa res omnes & divinas & humanas: hoc discrimine, quod Philosophus in his quaerit

causas: Jurisconsultus, quid justum aut injustum sit: atque ut Ulpianus *d. loc.* ait, Jurisprudentiam esse divinarum atque humanarum rerum notitiam, justis atque injustis scientiam: sic Cicero *lib. 2. De Officiis*, *Sapientia*, inquit, est, rerum divinarum atque humanarum, causarumque quibus hæ res continentur, scientia. Eodemque modo Seneca *Epist. 89. Sapientia est, nosse divina & humana, & eorum causas.*

Definitioni juris subjicienda sunt ejus præcepta. Ulpianus §. 1. *d. l. 10. Juris præcepta*, inquit, sunt hæc: honeste vivere, alterum non ledere, suum cuique tribuere. Sensus Ulpiani fugit plerisque. mihi videtur Ulpianus Juris appellatione designare artem æqui ac boni: & per præcepta exaudire ejus artis exhortationes, monita, suasiones, ad justitiam universalem; eaque distinguere a juris regulis quæ alibi legis virtutes dicuntur. has in foro habere necessitatem; eoque humanæ conditioni indulgere multa a perfecta virtute & officiis aliena. illa ad forum non pertinere: quin esse voluntaria; exire ad virtutem perfectam; laudari, si servantur; non puniri, si negligantur. igitur hujus artis esse, docere non modo, quid in foro regulis juris, id est, legibus, imperetur, vetetur, puniatur, permittatur; sed in primis quid conjunctioni humanæ societatis, qui est legum finis, maxime decorum sit. ac si reperiatur quid legibus permissum ob hominum socordiam, dum idem sit inhonestum, aut alterum lædat, aut non suum cuique tribuat, ab eo perinde esse abstinendum, ac si legibus esset vetitum. Hæc summa, plura tradidi *Julio Paulo, sive lib. sing. de part. expos. & nec cap. 10. & 11.* ubi vide; nec pigebit vidisse, ab aliis, quantum recordor, nondum tradita.

Tempus est, transire ad Juris divisionem. ea ab Ulpiano *l. 1. §. 2. h. t.* sic traditur: *Hujus studii duæ sunt positiones: publicum & privatum.* Quid studium sit, sic exponit Cicero *lib. 1. De Inventione. §. 3.* *Studium est animi assidua & vehemens ad aliquam rem magna cum voluntate applicatio, ut Philosophia, Poëtices, Grammatices, Literarum.* Hujus igitur studii, quod Ulpiano est pars Philosophiæ *d. l. 1. §. 1.* duæ sunt positiones: id est, theses; ut observavit Budæus *Annot. in Pand. p. 21.* sensus Theodoro Marcilio, & tandem etiam Jano a Costa *ad §. 4. Inst. h. t.* duas esse Jurisprudentiæ theses, seu positiones: nam duo esse de quibus omnium Jurisconsultorum sit disputatio. unum est de jure publico, alterum de jure privato. Jus publicum Ulpiano est, quod ad statum rei, id est, reipublicæ, Romanæ spectat: privatum quod ad singulorum utilitatem refertur. & pro ratione subjicit; quod sunt quædam publice utilia, quædam privatim: puta, principaliter, utriusque publicum jus in sacris, in sacerdotibus, in Magistratibus consistit. Sic Ulpianus. sed aliter Quintilianus *lib. 2. Inst. Orat. c. 4.* verba ejus. *Genera sunt tria, sacri, publici, privati juris.* Quintiliano accedit Aufonius, *Edyll. xi.*

*Jus triplex, tabula quod ter sanxere quaternæ,
Sacrum, privatum, & populi commune quod usquam est.*

At nulla contradictio: nam Ulpianus, cum jus facit duplex, privatum & publicum; sub jure publico complectitur sacrum. ita perinde est, ac si dicat, jus esse vel privatum vel publicum; & hoc rursus vel in specie publicum vel sacrum: quorum illud consistit in Magistratibus, hoc in sacris & Sacerdotibus. id vero huc redit, quod Aufonius & ante Quintilianus dixit, jus esse triplex, privatum, publicum, vel sacrum. Sed hoc & alibi me observare, memini *lib. 2. Observ. c. 21.*

Noote Operum Tomus II.

Cæterum ait Ulpianus in *d. l. 1. §. 2.* tripartitum esse jus privatum: collectum etenim esse ex naturalibus præceptis, aut gentium, aut civilibus. id vero non sic accipi suadeam, quasi jus publicum non eisdem habeat fontes quos privatum: (contrarium enim verum est) sed quod in libris Institutionum, unde est Ulpiani locus, non erat Ulpiano consilium, agere de jure publico: ideoque non opus erat, hoc iis in libris dividere. Est igitur jus privatum Ulpiano triplex, naturale, gentium, & civile. an recte? negant plerique omnes. sed non idcirco timebo, stare pro Ulpiano: arbitratus, nihil esse in ejus sententia quod improbetur. itane? consideretur homo, ut porest, triplici modo: vel ut animal, vel ut homo, vel ut civis. Primum occurrat ut animal in mero Naturæ statu, suis constans membris & facultatibus quibus est a Natura instructus & sibi commendatus, more cæterorum animantium, in solitudine viventium. ejus hominis jus cogitans Ulpianus *d. l. 1. §. 2.* ait, *Jus naturale esse quod natura omnia animalia docuit:* puta, suo quodque modo, & genere. nec dubito, quin ejus juris appellatione designet inclinationes atque instinctus uniuscujusque animalis, secundum quos unumquodque est a Natura determinatum ad existendum atque operandum ejus ordini, instituto, ac providentiæ, convenienter, prorsus, ut utens facultatibus moribusque, sibi datis a Natura a qua conditum sit; se Naturæ suæ jure & lege regere ac movere intelligi debeat. Veteres hoc jus appellant prima Naturæ; consentque solo Naturæ impulsu, sine collectione & disceptione rationis: arbitrati, id sentiri, ut calorem frigus, famem, sitim, alia: duosque esse ejus effectus: unum appetere Naturæ consentanea; alterum declinare ei contraria. esse vero hæc omnis divini & humani juris principia, ipsa non a disciplina aut institutione, vel inde liquere: quod hæc sine discrimine agunt non modo omnes homines statim ac nati sunt, sed cætera quoque animalia, atque ita, ut nihil aliud sciant, aut possint, quam sequi ipsis bona & fugere mala. Igitur spectetur homo, quatenus est animal; ejus jus finitur naturali facultate sentiendi, appetendi, fugiendi, edendi, bibendi, movendi, generandi. ac nescio, an huc intendat hoc Ulpiani *d. l. 1. §. 3:* *Hinc descendit maris atque femine conjunctio quam nos matrimonium appellamus: hinc liberorum procreatio, hinc educatio. Videmus etenim cætera quoque animalia, feras etiam, istius juris peritia censerit.* Sic Ulpianus: atque, opinor, ab Aristotele: cujus *lib. 1. De republica c. 2.* verba hæc sunt. *Necesse igitur est: primum eos conjungi & copulari, quorum alterum sine altero esse non potest, ut marem & feminam procreationis causa, atque hoc non ex consilio proficiscitur: sed quemadmodum & in aliis animantibus & stirpibus naturale est, tale alterum, quale ipsum sit, cupere relinquere.* Aliquis miretur, ab Ulpiano non fieri hic mentionem defensionis sui. At nec sit cæterorum quæ dixi, mentio: & jam notavi *lib. 1. Probabilium c. 5:* quod affectum tendentem ad sui conservationem primis Naturæ deberi, ultro liquebat omnibus: sed de maris & femine conjunctio, liberorumque educatione, a quibusdam dubitabatur. alterum igitur moneri oportebat: alterum moneri, nihil attinebat. Interim non inutile fuerit sciri, tales Naturæ regulas morumque de quibus dixi, & similes, quia se habent instar legum, non male, neque præter usum, leges & jura appellari, nam & de apum actionibus, ab æterno & constante Naturæ motu instinctuque pendentibus, sic Virgilius *lib. 4. Georgic. vers. 154.*

- - - *Magnisque agitant sub legibus ævum.*
Eodem sensu Ovidius, *De remedio amor.*

Vertere tu poteris homines in mille figuras.

Non poteris animi vertere jura tui.

Seneca quoque *lib. 2. De ira c. 27. Non nos causa mundo sumus hiemem æstatemque referendi. suas ista leges habent quibus divina exercentur.* Idem *lib. 4. De beneficio. c. 12. Cum creditum dicimus, imagine & translatione utimur. sic & legem justæ injustique regulam esse. ad hæc verba demonstrandæ rei causa descendimus.* Exposui Naturæ jus ex sententia Ulpiani.

Sequens tractatus erit de jure gentium: in quo hominem non ut animal, sed ut hominem, societatis, tamquam sibi utilis & necessaria, appetentem spectari, Ulpianus postulat *d. l. 1. §. 4. h. t. verbis sequentibus: Jus gentium est quo gentes humana utuntur. quod a naturali recedere, facile intelligere licet: quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune sit.* Atque ita est, quod jus gentium Ulpiano dicitur, proprium est hominum. non est commune cæterorum animalium: sicut nec eorum est recta ratio cujus examine vis juris gentium intelligitur. dedit nimirum Divina providentia unicuique homini animalem sensum boni & mali; ejus vero differentiam quia Naturæ instinctus non peræque discernit, multis prima facie bonis quæ postprehenduntur mala, & contra malis primo adspectu quæ bona esse deinde eventu comperiuntur: idcirco voluit Natura, nos non minus ex animo, quam ex corpore, consistere; hujusque ministerio, illius imperio, uti: certe ejus quod sequendum evitandumve sit pro vero bono aut malo, alium judicem atque arbitrum non habere: quin contra nos, quod ille probat, in infinitum sequi; & quod improbat, in infinitum fugere, tamquam lege humanæ Naturæ, id est, a Deo, jussum aut vetitum. Exposui Ulpianum.

Nunc Paulum attingam. *l. 11. h. t.* is quia soli homines utuntur prærogativa rationis, ejusque expertia sunt cætera animalia, jus gentium Ulpiani appellat jus naturale, jam non omnium animalium, sed omnium hominum inter se: eo quod simplex Naturæ influxus hoc non docuit animalia omnia: licet naturalis ratio id peræque inter homines constituit. prout igitur occurrit nobis homo, sic considerandum est jus ejus naturale: nec mirari quem oportet, jus quod trifariam divisit Ulpianus, a Paulo fieri duplex; aliud naturale, aliud civile: quod & Gajus maluit *l. 9. h. t.* licebitque eo referre quæ de duplici civitate, una magna quæ sit generis humani, altera parva quæ sit cujusque populi, ex Seneca & Cicerone opportune attuli *lib. 1. Probab. c. 8.* Illud dissimulare neque volo, neque debeo: quod si duplex sive triplex omne putemus jus: quæri potest, quale sit quod Gajus *d. l. ait*, inter omnes naturali ratione constitui; idque inter omnes peræque custodiri: item quod Paulus censet *d. l. 11*, jus naturale semper æquum ac bonum esse. fuerit hoc eo dignius explicari: quia vetus lis est, nondum composita: sitne jus a Natura comparatum; an magis hominum pactionibus inventum. posterior fuit sententia Epicuri, Carneadis apud Lactantium, *lib. 5. Divin. Inst. c. 17.* Lucretii, *De rerum natura lib. 5.* Horatii, *lib. 1. Serm. sat. 3.* Mihi placet prior quæ fere est Veterum Jurisconsultorum: atque ipsam ex superioribus sic demonstrari, mihi persuadeo.

Natura dedit unicuique homini statim ac natus est, sensum boni & mali. alterum sequi, alterum fugere, cum voluit: nec ei quid in alteram partem

reliquit liberum. adeo quisque quod ei bonum sit, amplectitur necessario; & a malo æque necessario abstinere, quod ut facit impulsu Naturæ a qua est factus: jure naturali facere intelligendus est. interim quid ei sit bonum aut malum in omni re, loco, tempore, non æque constat Naturæ motu. est enim in facto positum; nec aliter, quam rationis examine, discernitur. ea porro ratio cum unicuique homini a Natura æque datur, ac animalis sensus; quin æque sit pars humanæ Naturæ, dubitari nequit. nec magis, an cuique quod ea probat, faciendum; & quod improbat, omittendum sit: quia demum ei bonum aut malum est quod eum fugere aut sequi vis humanæ præcipit Naturæ: ei, præter rationem, alium boni & mali, id est, ejus quod eum facere aut omittere velit, canonem non indicantis. igitur, si de jure humano quæritur: apparet, rationis dictamine, quasi tacita Naturæ lege, contineri: nec oportere aliud investigari; quam quid sua cuique ratio bonum aut malum esse demonstret. alterum enim Natura jubere; alterum vetare, intelligitur. Hoc modo non fuerit injustum, suum quemque corpus, ac sua membra, suamque vitam, conservare ac tueri. cum enim ex his consistat ejus integritas qua ejus salus æstimatur, (futurus quippe sine ea nullus) ei bonam esse membrorum, corporis, vitæque, tutelam, non minus ratio evincit, quam Naturæ instinctus. proinde si se, si suum corpus, si sua membra, suamque vitam, sustineat conservare in Naturæ statu, quia facit auctore ratione, non ambigitur, quin id jure Naturæ facere videri debeat. At sicut Natura unicuique concedit jus ad sui conservationem, tamquam bonam atque utilem: ita non fuerit absurdum, eam unicuique indulgere jus ad omnia, ei ad sui conservationem necessaria. frustra enim daret ei jus ad finem: nisi ei daret jus ad ea sine quibus ad finem eum non sit perventurus. Quæ porro necessaria cuique sint, eorum judicem a Natura, præter se, nemo habet. an ea, cum voluit, cunctos sequi sibi bonum, & fugere malum, aliud egit, quam ut suæ quemque curæ ac providentiæ committeret? utique cum suum cuique affectum, suum judicium, suas denique vires, dedit: dubito; an putet, esse pares, quibus pares dedit facultates. jam vero quos fecit pares, eos a se invicem non pendere, id est, peræque liberos esse, negare non possumus: quia vix est, ut uni liceat quod non æque liceat alteri. est igitur in Naturæ statu in quo omnes peræque liberi sunt, sui quisque juris, id est, suæ quisque utilitatis atque indigentia, judex: habetque jus ad omnia quæ ad sui conservationem ipse sibi necessaria esse existimat. atque hoc si est: habet jus ad omnia, a Natura in medio posita ad communem omnium usum: ac si quis impedimento ei sit, habet facultatem vi coercendi eum a quo suo jure uti prohibeatur: utique, si injuria fiat. imo, si nulla. finge: par mea atque alterius est indigentia. uni pereundum, altero salvo. nempe par est utriusque causa servandi se: suum quisque jus exequitur. neuter vult nocere alteri. uterque se salvum cupit: sed non potest, altero incolumi. quid dicemus? non esse contra rationem; si malim me, quam alterum, servare. me enim Natura mihi; non mihi alterum, nisi propter me, commendavit. primum igitur mei curam gerere me, æquum est: deinde alterius, ac si non potest salus ejus cum mea salute consistere: non vult ratio, ut ei consulam cum perniciæ mea: sed ut me quacumque ratione possim optime, conservem potius. Et si si, me salvo, ei utilis esse possim: nulla ratione

ne perdam, lædam, aut incommodabo, hominem saluti meæ minime noxium. non enim Natura mihi aut alii sceleris licentiam specie libertatis concessit. absit. fecit ea singulos liberos; ac suæ quemque arbitrium utilitatis: sed nulli permisit jus nocendi alii a quo illi non noceatur, cum enim omnibus providerit æqualitate juris: quomodo est probabile, eam voluisse, alii ab alio de libertate moveri controversiam? atqui prope est: ut quibus non dederit tranquillum libertatis usum, illis libertatem concessisse non videatur. potius credamus, Naturam omnibus benignam ac salutarem, procurato omnibus æquali jure, non voluisse, alios ab aliis in ejus usu incommodari sine causa: sed e diverso alios ab aliis, quantum licet sine suo, imo etiam cum aliquo, incommodo mutuis officiis atque opibus adjuvari. Liquebit hoc: putantibus, Naturam voluisse, homines quidem sua sequi commoda, & evitare mala; amplius, ipsos hujus rei esse judices: sed non alias, quam si eis bonum aut malum sit, monstrante ratione: ejusque hanc esse providentiam: ut non impetu agat, sed consilio: nec ad præsentia attendat, quin æque futura exploret: præterea majora cum minoribus, ac breviora cum diuturnis comparet. prorsus, ut si quid minus bonum sit, atque idem majori præjudicet; aut si quid in præsentia videatur bonum, sed in futurum aliud sit: id malum esse, ab eoque abstineri Naturæ lege oportere, existimet. Sed apparet, Naturam velle, sua quemque uti libertate; nec ob id velle, singulos flectere ad licentiam. quam enim cuique dat libertatem, non alia est, quam quæ ratione regitur. illa servit communi hominum conjunctioni; hanc certe non evertit. sola enim est omnibus bona & salubris quæ se continet intra omnium æqualitatem; nec minus aliis, quam sibi, permittit. nisi quis ignorat, omnes homines ita a Natura factos esse: ut nemo sine aliorum societate, (id est, mutua ope) possit vivere tuto aut commode; neque in ea cum aliis, nisi servata juris æqualitate. sane si aliis permittat quod sibi: habet causam ab aliis expectandi quod aliis præstat: quia illis non minus est utilis, quam illi invicem sunt ipsi. at si non hanc teneat viam; sed plus vindicat sibi, quam aliis relinquit: an potest fieri; ne alii quod ipse observat erga alios, idem erga ipsum faciant, quippe cum omnes sint æquales, nec possit uni licere quod non æque liceat alteri. ita difficile est, agente uno quod lædat alterum; ne hic illi resistat, & pari, aut etiam meliore jure, injuriam a se arcens. quod ubi sit; res spectat ad litem, rixam, vulnera, cædem, incendia, vastationem; quæ utrimque mala esse, ac naturali lege vitanda, quis non videt? Sit igitur fixum & demonstratum, esse universis qui humana uti Natura, id est, ratione agere, ac sibi consulere, postulent, omni incumbendum studio; uti, quantum licet, inter homines quædam sit juris societas; qua fiat, ut homo ab homine minime alienus sit; alterque ab altero non solum non lædatur; sed si possit, etiam omni modo adjuvetur. Atque ad hanc societatem, tamquam bonam atque utilem, sicut unumquemque pergere Naturæ lege oportet, quamdiu possit eam obtinere: ita si non possit; habet suum quisque jus ad illam tuendam; nec minus ad omnia ejus conservationi necessaria; usque adeo, ut qui hanc tollere aut turbare præsumat, possit cui nocetur, illum coercere eo jure ac modo quo sibi mala ac noxia a se arcet, permittente Natura. plus dicam: sicut injuriam a se avertere quisque

Nædæ Operum Tomus II.

potest; ita nec prohibetur alium, quod possit sine suo periculo atque incommodo, adversus injuriam tueri: quia, ut dixi, homo homini, etiam sine pacto, ratione quasi Naturæ lege ad mutuam viri-um opumque præstationem pro communi utilitate conjungitur. quid respicis? quisquis alium injuria afficit sciens volens, ejus consilium est, imminuere, ubi poterit, humani generis æqualitatem. Vidit Publius Syrus, *Sentent. vers. 427.* proclamans olim:

Multis minatur, qui uni facit injuriam.

Prorsus ita est: omnium securitatem tollit: quisquis omnium æqualitatem in periculum ducit: nec est, cur speret, ab aliis sibi servari jus quod ipse intervertit aliis: cum omnes sint Natura pares; nec uni liceat quod non liceat alii. postremo qui non movet se ratione quam Natura posuit regulam humanis actionibus, is se regit legibus aliis, quam humanæ Naturæ: ostendens, se nolle uti communi omnium jure. ita, cum separat se ab humana conjunctione: non potest juris societas esse cum illo qui ei rebus & factis renunciat. nec abhorret a ratione conservandi se lege naturali: quominus fas sit unicuique, commune hominum malum a se atque ab humano nomine arcere: id est, communem omnium hostem, quocum ipsi aut aliis nulla sit Naturæ conjunctio, eo quod se non regit ejus legibus, tamquam communi omnium æqualitate perniciosum, compescere aut occidere: quomodo perdit bestiam sibi atque aliis periculosa: eo quod ei nulla cum hac est rationis aut juris societas: denique quo a se aliisque quæcumque damna, mala, atque incommoda, amoveret.

Possim alicui longior videri; sed merebatur bona fide demonstrari, quod Gajus inter omnes naturali ratione constitui, & apud omnes peræque custodiri, ait *l. 9. h. t.* unum esse studium divinæ & humanæ societatis: omniumque ad hanc, quamvis diversis viis, contendendum, tamquam omnibus semper bonum & salutare. sunt talia multa: sed subsistam intra exempla *l. 2. 3. 4. & 5. h. t.* in quibus extra omnem dubitationem est religio erga Deum. item, ut parentibus, & patriæ pareamus, id est, Magistratibus, post discretas gentes, & regna condita. eodem spectat sui defensio per bella, jam non qualia qualia, sed justa ex causa, & ad justum modum, introducta. ab eodem jure gentium est servitus, & sequuta manumissio. item sunt dominia distincta, & quod his consequens fuit, agris termini positi, ædificiaque collocata. inde & commercia, emptiones, venditiones, locationes, conductiones, obligationes, instituta, adjuvanda communis utilitatis causa: exceptis paucis quæ dicuntur a jure civili introductæ; tantum quod inventæ jure gentium, a jure civili certam acceperunt formam, juri gentium incognitam: ut in loco exponetur. Possint sufficere demonstrandæ Veterum sententiæ a me dictæ; liquet enim omnia. non tamen a me impetro; ne ea firmem illustremque sequente Juvenalis testimonio, etsi prolixiore, tamen pulcherrimo, ex *Sat. xv. vers. 140. & seqq.*

*Quis enim bonus, & face dignus
Arcana, qualem Cereris vult esse sacerdos,
Ulla aliena sibi credat mala? separat hoc nos
Agree mutorum, atque ideo venerabile soli
Sortiti ingenium, divinorumque capaces,
Atque exercendis, capiendisque artibus apti
Sensum a cœlesti demissum traximus arce:
Cujus egent prona, & terram spectantia, mundi
Principio communis conditor illis*

*Tantum animas, nobis animum quoque, mutuis ut
nos*

*Adfectus petere auxilium & prestare juberet,
Dispersos trahere in populum, migrare vetusto
De nemore, & proavis habitatas linquere silvas:
Edificare domos, laribus conjungere nostris
Tectum aliud, tutos vicino limite somnos
Ut collata daret fiducia: protegere armis
Lapsum, aut ingenti nutantem vulnere civem,
Communi dare signa tuba, defendier usdem
Turribus, atque una portarum clave teneri.*

Transeamus ad jus civile. nam homo, ut dictum supra, non tantum ut animal, aut homo, consideratur; sed etiam ut civis, pendens a lege & imperio civitatis. sicut vero in Naturæ statu conveniebat singulorum libertati, sui quemque juris atque injuriæ esse judicem ac vindicem: ita ubi multi in civitatem coiere, uniti spiritu summi imperii, juris naturalis obtinendi gratia: rationis erat, Populum, de tuenda corporis sui salute & libertate cogitantem, non sinere, cives suos se deinceps movere suo cujusque arbitrio, sed ex nutu ac præscripto civitatis ad finem, ejus providentia omnium aut plurium utilitati positum. De Romulo Livius, lib. 1. c. 8. *Vocata*, inquit, *ad concilium multitudinem qua coalescere in populi unius corpus; nulla re, præterquam legibus, poterat, jura dedit.* Hoc igitur modo Gajus l. 9. b. t. definit, jus civile esse quod quisque populus ipse sibi jus constituit: additque, id vocari jus civile, quasi proprium ipsius civitatis. Cicero, *Topicis* c. 2. sic exprimit: *Jus civile est æquitas constituta iis qui ejusdem civitatis sunt, ad res suas obtinendas.* Ait vero Ulpianus l. 6. b. t. hoc jus neque in totum recedere a naturali vel gentium jure, nec per omnia ei servire. itaque cum aliquid addimus vel detrahimus juri communi, jus proprium, id est, civile effici. Nempe quædam imperat, quædam vetat, quædam permittit Natura. quæ autem vetat vel imperat, adversus hæc, quia vere & proprie sunt juris Naturæ, tum semper ac sine exceptione bona aut mala, nihil valet civilis auctoritas, tantum ad ejus executionem comparata. at quæ permittit Natura, ea quia in medio relinquit, proprie non sunt juris Naturæ: licet per abusionem esse dicantur, eo quod ei non repugnant, & ab initio sic obtinere, donec magis expedirent contraria. est igitur in his materia humanarum legum: quibus quæ ante erant indifferentia, cum pro publica omnium vel plurium utilitate imperantur aut vetantur, in civitate bona aut mala esse incipiunt. atque hoc jus civile in specie dicitur: nam generatim sumptum, quin etiam jus naturale seu gentium complectatur, non dubitat Gajus l. 9. b. t. & clare Aristoteles lib. 5. *De moribus*, c. 10. verba ejus sunt. *Jus civile aliud naturale est, aliud legitimum. naturale quod ubique gentium idem valet, non quia ita vel decretum sit, vel non decretum. legitimum autem, quod ab initio hoc an illo modo fiat, nihil refert: cum constitutum fuerit vero, tunc demum refert.* Esse igitur alterum æternum, constans, & immutabile; alterum, pro tempore, varium & multiplex, eodem loco observat Aristoteles. etiam Paulus l. 11. b. t. sed optime Imp. Justinianus §. 11. *Inst. de jure natur.*

Postquam substitit in Jure Civili Ulpianus; deinde subjicit ejus divisionem his verbis l. 6. §. 1. b. t. *Hoc igitur jus nostrum constat aut ex scripto, aut sine scripto* Sensus; quod Populus Romanus, definiturus jus proprium suæ civitatis, id est, quid in ea pro communi utilitate ab omnibus observari oporteat, voluntatem suam declarat vel palam, vel taci-

te: palam, si in comitiis rogatus a Magistratu, suffragiis suis jubeat, quod rogatur, legem esse; & ut moris erat, inscriptam tabulis, celebri Urbis loco, quo omnibus innotesceret, proponi. tacite, si quid moribus, sive consuetudine, reciperet. nam vel sic ejus voluntas, etsi non per scripturam, utique rebus & factis, intelligi poterat. quod si est: apparet, jus scriptum & non scriptum dici ab eo quod Romæ solet fieri: atque inde idem uno loco jus scriptum & non scriptum, alibi leges scriptas, aut simpliciter leges, & mores, appellari l. 9. D. h. t. l. 32. pr. & §. 1. l. 35. & 36. D. de legibus. Jus scriptum ab enumeratione partium (quæ frequens Veteribus est definitio) a Justiniano sic definitur §. 3. *Inst. de jure nat.* nescio an ex Ulpiano. *Scriptum jus est, Lex, Plebiscitum, Senatusconsultum, Principum Placita, Magistratum Edicta, Responsa Prudentum.* Prima juris scripti pars est Lex: dicta, ut Isidorus lib. 5. *Origin. c. 3.* putat, a legendo; vel, ut mavult Cicero lib. 1. *De legibus*, a deligendo. definitur autem a Justiniano §. 4. d. t. quod Populus Romanus, Senatorio Magistratu interrogante, veluti Consule, constituebat. Bene: nam sancendarum & abrogandarum legum potestatem penes unum fuisse Populum, etiam Polybius probat lib. 6. & erat rationis, leges facere aut tollere eum, cujus utilitas ea re quaeritur. is est Populus liber, & sibi commissus a Natura: cui est utile aut noxium quod ipse suis rebus utile aut noxium esse existimet, tamquam dominus, arbiter, & moderator, rerum suarum. Ait porro Justinianus, quod Populus legem constituebat, Senatorio Magistratu interrogante, veluti Consule: quia is inter alios habebat jus agendi cum Populo. quod est, (ut docet Gellius lib. 13. *Noct. attic. c. 14.*) Populum rogare, quid suffragiis suis jubeat. eoque modo, etiam Festus dicit, rogare esse, consulere Populum, vel petere ab eo, ut sciscat, quid ferat. erat autem (ut ostendit Briffonius lib. 2. *De formulis*) formula rogantis Magistratus, Velitis Jubeatis Quirites: jubentis Populi, Uti rogas. Inde rogatio pro lege: eo quod est caput & origo & quasi fons, & nisi populus aut plebs rogetur; nullum populi aut plebis jussum fieri potest: auctore Gellio c. 20. lib. 10. simpliciter vero ait Imperator, legem esse quod populus constituebat: cum Atejus Capito, apud Gellium d. c. 20. dicat, *Lex est generale jussum populi aut plebis, rogante Magistratu.* sed Imperator maluit, sub lege comprehendere privilegia: quæ ille a legibus distinguebat: sicut & Festus, quæ privilegia sunt, rogationes appellans. Sed loquendi consuetudinem omnia illa confudisse vocabula, & leges dixisse, testis est Gellius d. loc. Non opus addi, Populum leges constituisse in comitiis centuriatis & curiatis, & quemadmodum illa a se, & ab utrisque tributa, distinguantur. nota sunt hæc ex Gellio lib. 15. c. 27. & aliis quibus hoc propositum erat.

Secunda species juris scripti est Plebiscitum, idque ab Imperatore d. §. 4. definitur, quod plebs plebejo Magistratu interrogante, veluti Tribuno, constituebat. & addit Imperator, quod plebs a populo eo differt, quo species a genere, id est pars a toto: nam appellatione populi universi cives significantur, connumeratis etiam patriciis & senatoribus. plebis autem appellatione sine patriciis & senatoribus ceteri cives significantur. Sic Imperator ex usu antiquorum temporum: quibus honores & magistratus nondum erant communicati cum plebe; sub eaque etiam equites continebantur. postquam

quam enim senatores, magistratusque etiam ex plebe fuerunt creati; mansit quidem patriciorum & plebejorum differentia; sed senatores plebi opponi desierunt. tandem distinctis quoque a plebe equitibus sub consulatu Ciceronis, (quod Plinius refert, lib. 33. Hist. Nat. c. 2.) tres fuere Populi Romani ordines: Senatorius, Equester, & Plebejus. Inde apud Apulejum lib. ix. Metamorph. Quidam de sublimi suggestu, de libro, de literis fausta vota præfatus Principi magno, Senatuique & Equiti, totoque Romano Populo. Et apud Ovidium lib. 2. Fastor.

Sancte pater patria, tibi plebs, tibi curia nomen

Hoc dedit, hoc dedimus nos tibi nomen eques.

Cæterum ut sola plebs in tributis comitiis, quæ proprie plebis concilium dicebantur potius, quam comitia, a Tribuno rogabatur; ita si responderet; non Lex, sed Plebiscitum appellabatur; eoque non patricii tenebantur, quia non consenserant, sed plebeji: donec Q. Hortensius Dictator Legem tulit ad populum, ut eo jure quod plebes statuisset, omnes Quiritēs tenerentur. ita ex Lælio Felice A. Gellius lib. 15. c. 27. eique convenienter Pomponius l. 2. §. 8. D. de orig. jur. etiam Justinianus d. §. 4. Plebiscita, inquit, lege Hortensia lata, (sic legendum, dudum vidit A. Contius lib. 2. Subsecro. lect. c. 8.) non minus valere, quam leges cœperunt. quin exinde etiam leges appellata sunt, ut ex sono Legis Falcidiae, & Aquiliae, quæ erant plebiscita, intelligitur, sed palam Atejus Capito d. c. 20. lib. 10. apud A. Gellium. Lex est, inquit, generale jussu populi aut plebis, rogante Magistratu.

Tertia juris scripti species est Senatusconsultum. idque (ut ait Imperator §. 5. Inst. de jur. nat.) est quod Senatus jubet atque constituit. hoc vero ut pro jure scripto habeatur, ejus ille hanc adfert causam quæ & Pomponii est d. l. 2. §. 9. quod legis sancientiæ causa plebs difficile, populus certe difficilius, convenire poterat in tanta hominum multitudine: atque ita, inquit Pomponius, necessitas ipsa curam reipublicæ ad Senatum deduxit. Justinianus dicit, æquum visum esse, Senatum vice Populi consuli. Quam illi adferunt causam, tantum est color, causa non est. res nihilominus vera est: & Ulpianus l. 8. D. de legibus clare: Non ambigitur Senatum jus facere posse. Opinor, jam inde a principatu Tiberii. Nolim tamen, quamquam multis videtur, existimari, ex quo Senatus cœpit pro Populo adiri, idcirco desisse rogari Populum. id enim falsum est, & diu post Tiberium rogatas a Populo leges esse, evidenter ostendo lib. 1. Observ. c. 3. & infra sub tit. De Adoptionibus. Verius dixero, etiam in speciem fuisse potestatem illam Senatus, plane pendentis a nutu Principis, nec ausi agere quidquam alicujus momenti, nisi ejus permisso. indicio hoc Taciti lib. 13. Annal. c. 26. Consules relationem incipere non ausi ignaro principe, perscribere tamen consensum Senatus: ille auctor constitutionis fieret. atque hinc passim, ubi facti Senatusconsulti mentio, additur: quod Imperator, Oratione in Senatu habita, auctor fuit Senatui censendi, aut effecit, aut simile. exempla l. 32. D. de donat. int. vir. & uxor. l. 8. D. de transact. l. 5. C. de excusat. etiam apud Suetonium, Vespas. c. 11. Solet certe Senatus Principum Oratōnes, de juris emendatione habitas, suo decreto confirmare: indeque factum, ut eadem res aliquando Principis Orationi, aliquando Senatusconsulto, imputaretur d. l. 20. §. 6. junct. l. 22. & l. 40. D. de petit. hered. item d. l. 8. pr. §. 8. 17. & 20. junct. l. 23. §. 2. D. de condict. indeb.

Quartam partem juris scripti faciunt Principum placita: de quibus ita Justinianus §. 6. Inst. de jur. nat. ex Ulpiano l. 1. D. de const. Princ. Quod Principi placuit, (Pomponius in l. 2. §. 11. D. de orig. juris ait, quod Princeps constituit) legis habet vigorem: id est, legis effectum habet. qua ratione? ait, Quam Lege Regia qua de ejus imperio lata est, Populus ei & in eum omne imperium suum & potestatem concedat. Quid his verbis significetur, exposui lib. 1. Observ. c. 3. & potest ibi videri a curiosis talium. Summa huc exit: Quod Princeps juris faciendi potestatem quæ adhuc erat unius Populi, ab eo accepit lege Regia, de ejus imperio lata. Hoc & nihil præterea illis verbis indigitur, nam quod sibi aliisque persuasere Eruditissimi quique Viri, illis significari, Universam Populi potestatem in Principem ea lege privative esse translatam; eoque Populum omne suum jus cum in aliis, tum in faciendis legibus, amisisse; indeque desitum esse cum Populo agi; a me d. c. 3. sic refutatum; ut nil ultra ea in parte deinceps desideretur. Igitur ut pergam, tantum dicam quod est hujus loci, Principem pro publica utilitate jus facere tribus modis: per Epistolam, per Decretum, & per Edictum: atque hæc esse quæ Constitutiones appellantur. sic Ulpianus d. l. 1, ex eoque Justinianus d. §. 6. ait vero uterque, tales Constitutiones esse vel generales, vel speciales: illas tenere omnes; has esse personales, nec ad exemplum trahi: præfatus, quod non hoc Princeps vult, primum illis exemplum est; si Princeps alicui ob meritum quid indulget: id est, si quam alicui dedit immunitatem ab oneribus publicis. alterum, si quam irrogavit pœnam, nempe extra, aut ultra, leges, tertium, si cui sine exemplo subvenit. igitur ad consequentiam trahi privilegium non oportet. ne ipsum quidem statim, ut est impetratum, idcirco observandum: quid enim si sit adversus jus, vel publicam utilitatem? magis refutandum est a Judicibus; quasi a Principe sit impetratum, non quod dare voluit; sed quod ei obreptum est l. 3. §. 7. C. de precib. Imper. oblat. Aliter est, si citra injuriam alicujus concedatur, & ita solet Princeps l. 2. §. 10. D. Ne quid in loc. public. tale vero beneficium quam plenissime interpretari debemus l. 3. D. de constit. princ. Tamen vel hoc difficultatem & quidem insignem recipit, propter d. l. 2. §. 16. cujus hæc sunt verba. Si quis a Principe simpliciter impetraverit, ut in publico loco edificet: non est credendus sic edificare, ut cum incommodo alicujus id fiat: neque sic conceditur, nisi forte quis hoc impetraverit. Quid enim denunciant postrema verba, Nisi forte quis hoc impetraverit? turbant, inquis, vehementer. sed quod remedium? non memini, adferri idoneum. si tamen quid valeo conjectura: sic accipienda sunt ea verba: Nisi forte quis hoc impetraverit, non simpliciter, sed causa cognita. at nec sic in alterius injuriam, quando igitur? si quidem petitio habeat causam æquitatis, quia necessaria est: sed jure summo refutatur: eo quod is adversus quem ea fiat, jure suo acerbè utitur. quo casu Prætor, alligatus regularis juris, non potest se interponere jure suo ordinario, & tamen potest hoc facere extra ordinem, permisso Principis, legibus soluti, suadente juris fine, etsi resistat juris forma. sic censeo; & jam lib. 1. De usufructu c. 8. observavi complura talia: etiam ostendi, facta hæc aliquando, adhibito schemate persuasionis, a Prætorè faciendæ, ex Rescripto Principis. Postremo tenendum; quod quædam privilegia personis, alia causis, dantur: quorum differentia in l. 68. & l. 196. D. de reg. jur.

Quintam juris scripti speciem faciunt Prætorum Edicta. nimirum ait Pomponius *l. 2. §. 10. D. de orig. juris*, solitos fuisse Prætores, quotannis Edicta proponere; ut scirent cives quod jus de qua- que re quisque dicturus esset, seque præmunirent. fecisse vero id in albo, descriptis in eo formulis quas in quaque causa accommodari oporteret, ex Cicerone infra demonstrabo, sub Titulo, *De edendo*. Inde jus Prætorium seu Honorarium quod Prætores introduxisse adjuvandi vel supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia, Papinianus scribit *l. 7. h. t.* Factum, inquis, video. qui potuerit fieri, quæro: fuit enim constitutus Prætor, ut leges exequatur. sed unde ei potestas supplendi vel corrigendi leges quibus tenebatur? Principio ait Marcianus *l. 8. h. t.* Ipsum jus honorarium esse vivam vocem juris civilis. Deinde erant quæ vetabat, etiam quæ in medio relinquebat, jus civile. in his erat fons juris Prætorii. adversus leges prohibentes nihil id valebat. sic clare *l. 12. §. 4. D. de Public. in rem act.* & *l. 12. §. 1. D. de bonor. possess.* imo Edicti, quod est in *l. 1. §. 1. D. Quibus ex caus. majores*, ita sonat postremus verus, *Quod ejus per Leges, Plebiscita, Senatusconsulta, Edicta, Decreta Principum licebit*. Nondum habes omnia. præterea notabo: quod & tum, ubi nihil prohibebat lex, Prætor nil directo agebat: magis verba mutabat, & colores quarebat, quibus adhibitis, videretur intra leges consistere. ejus generis fictiones coloresque indicavi complures *lib. 3. Probabil. c. ult.* nunc unum adferam ex *§. 3. 4. & 5. Inst. de actionibus*: ubi sic scribit Imperator: *Plerumque ita permittit Prætor in rem agere: ut vel actor dicat, se quasi usucepisse, quod non usuceperit: vel ex diverso possessor dicat, adversarium suum non usucepisse quod usuceperit*. Ad- dam & alterum, æque pulchrum, ex Ulpiano, *Fragm. tit. 28. §. 12.* Verba. *Hi quibus ex successorio Edicto bonorum possessio datur, heredes quidem non sunt, sed heredis loco constituuntur beneficio Prætoris. ideoque seu ipsi agant, seu cum his agatur, ficticiis actionibus opus est: in quibus heredes esse finguntur*. At Edictum nec sic lex erat, nisi annua; sicut annum erat Prætoris imperium *pr. Inst. de perpet. & temp. act.* a cujus auctoritate pendebat omnis Edicti vis & honor *§. 7. Inst. de jur. nat.* Atque ea causa dicitur facti esse quod ex Edicto descendit; & juris quod ex Legibus venit *l. 27. §. 2. D. de pactis*. præterea inde nomen actionis directæ & utilis: item dicitur inde aliud esse ipso jure nullum, aliud exceptione infirmari. quidquid est: quia Edicta plerumque erant plena humanitatis: ideo Populus ea ultro sequebatur, neglecta severitate Juris Civilis, mollioribus temporibus minus apti. sic fiebat; ut Edictum per se infirmum, tandem jure non scripto æstimatum fuisse, auctor sit Cicero *lib. 2. De Invention. §. 171.* cæterum, ut nihil est in rebus humanis perfectum; ita nec ab Edictis sperari id potest aut debet. Proponebantur ea quotannis: & sequens Prætor priorum Edicta quæ tralatitia appellabantur, aliquando servabat immutata; aliquando proponebat interpolata: formabat quoque nova, pro re nata, in ingressu Magistratus: ut testatur Cicero *lib. 3. Ad Familiar. Epist. 8. & lib. 6. Ad Attic. Epist. 1.* amplius, quoties luberet, durante imperii anno: sæpe justa, interdum injusta; prout erat modestus & verecundus, vel improbus, dans sordibus aut gratiæ. res liquet ex Cicerone, *Orat. in Verr. De prætur. urb.* nec alia fuit ratio proponendi Edicti, Quod quisque juris in alium statuerit, ut ipse eodem jure utatur: quo de agetur *Tit. 2. lib. 2.* æque hoc arguit

Lex Cornelia De Edictis perpetuis: qua cautum fuit, ut Prætores ex Edictis suis perpetuis jus dicerent. eam certe Legem gratiam ambitiosis Prætoribus qui varie jus dicere assueverant, sustulisse, docet Asconius Pedianus, *Arg. in Orat. Ciceron. Pro C. Cornelio p. 123.* & Dion. Cassius *lib. 36.* Ab hac causa, simul a naturali hominum ad dissentendum affectu, nata fuit magna Edictorum varietas atque incertitudo: ideoque rationis fuit, cogitari de compositione Edicti perpetui. instituit perfecitque eam Salvius Julianus jussu Imp. Hadriani, a quo etiam confirmatum est id Opus, Oratione in Senatu habita, & sequuto Senatusconsulto *l. 2. §. 18. C. de vet. jur. enucl.* nec jam miror, juri scripto a Justiniano annumerari *§. 7. Inst. de jur. nat.* ac circa ejus explicationem versatam esse Jurisconsultorum diligentiam: ut ex Gaji, Ulpiani, Pauli, libris ad Edictum constat.

Postrema pars juris scripti continetur Responsis Prudentum. de quibus ita Justinianus *§. 8. Inst. de jur. nat. Responsa Prudentum sunt sententia & opinion- nes eorum quibus permixtum erat de jure respondere.* (in libris plerisque est, *jura condere*; & melius, ut dudum ab aliis annotatum) nam antiquitus constitutum erat, ut essent qui jura publice interpretarentur quibus a Cesare jus respondendi datum est qui juriscon- sulti appellabantur, quorum omnium sententia & opi- niones eam auctoritatem tenebant, ut judici recedere a responso eorum non liceret, ut est constitutum. In his verbis triplex occurrit difficultas: una, quomodo potuerint privati Jurisconsulti suis Responsis, id est, sententiis & opinionibus, jus condere, (sic enim legendum in *d. §. 8.*) eoque dici juris auctores, & juris conditores; item statuere, & constituere, ipso- rumque opiniones appellari Constitutiones *l. 66. D. Solutio matrimonio l. 1. D. de privat. delict. l. 91. §. 3. 4. & 6. D. de verb. oblig.* altera difficultas, ipsa ex superiore ptoluens, est; quemadmodum ea Res- ponsa pro jure scripto habeantur. tertia est; quis sit sensus postremi versus, *Quorum omnium sententia &c.* Quod ad primam difficultatem attinet; auctor est Pomponius *l. 2. §. 5. D. de orig. juris*: quod post Leges Duodecim Tabularum, illas breves atque obscuras, si quæ incideret dubitatio, (ut naturali- ter evenit, suborientibus novis articulis vel ex legum verbis, vel ex mente) soliti fuere convenire Jurisconsulti: Disputatione Fori (sic dicebatur) quæsituri, quid recipi oporteret. in ea vero Dispu- tatione quod placebat omnibus vel pluribus, Re- gula Juris, item Fori Sententia, & Fori Definitio, appellabatur: eratque ea in judiciis permagnæ au- ctoritatis; sed quia erat privatorum hominum, non habebat vim juris: nisi utentium moribus approba- ta. quo casu Recepta Regula, aut Recepta Senten- tia, vocabatur: & apud Papinianum *l. 7. h. t.* facit partem Juris Civilis, at non scripti: ut ex Pomponio intelligitur *d. l. 2. §. 5.* & egregio exemplo a Justi- niano confirmatur *pr. Inst. de codicillis*. Paucis oc- curri difficultati primæ. plura attulit V. CL. Jaco- bus Rævardus *De auct. Prudentum c. 14.* Sed hæc suffecerint meo instituto. Altera quæstio est: qua ratione possint Responsa Jurisconsultorum juri scripto annumerari a Justiniano *d. §. 8.* Puto autem, hoc sero esse factum; & primum Constitutione Im- peratoris Theodosii *l. unic. Cod. Theod. De responsis Prudentum*: qua scripta Jurisconsultorum, qui ibi nominantur, omniumque quos illi celebrarunt, au- ctoritatem lectionis acceperunt: improbat tamen Pauli & Ulpiani Notis ad Corpus Papiniani. quod si diversæ sint eorum sententiæ: (non enim semper con-

consenserunt omnes) placet Theodosio, vincere auctorum numerum. sin pares numero sint: potior rem esse sententiam in qua fuerit Papinianus. Sic Theodosius. est autem id vel eo observandum: quod inde lumen accedit Justiniano: Veterum Fragmentis quæ sunt in Pandectis, juris auctoritatem concedenti via plane contraria l. 1. §. 5. & 6. D. De conceptione Digestorum. Restat, quis sit sensus postremi versus d. §. 8. Inst. de jur. nat. gent. & civil. Sic autem censeo; quod Responsa Prudentum, nisi moribus aut Rescripto confirmata, ante d. l. unicam nullam juris auctoritatem habuerunt. eoque facile credo Ciceroni Pro Murena c. 13: dicenti, adversus ea responsa & decreta sæpe fuisse iudicatum. nec potuit fieri aliter, dissidentibus sententiis. Utique supervacua fuisset Theodosii Constitutio, si

quidquid aut scriptum aut responsum a Jurisconsultis fuerit, jam ante ejus Constitutionem vim juris habuisset. Aliquem moveat: quod Augustus, quo major juris auctoritas haberetur, dicitur constituisse, ut ex auctoritate ejus responderent Jurisconsulti l. 2. §. 47. D. de origine juris. Sed hoc non alio pertinet, quam ut inde liceret paucis, quod ante licebat omnibus, fiduciam studiorum suorum habentibus. Sic liquet, cum ait Justinianus in fine d. §. 8. Quorum omnium sententia & opiniones eam auctoritatem tenebant, ut iudici recedere a responso eorum non liceret, ut est constitutum) non aliam intelligi Constitutionem, quam Theodosii in d. l. unica: quando præsertim, quod a Justiniano dicitur, ante eam neque constitutum, neque jus, fuit.

TITULUS II.

De Origine juris, & omnium Magistratum, & successionem Prudentum.

PARTES hujus Tituli tres sunt: omnes scitu dignæ. in præsentia tamen non explicandæ. non prima, quia dicta superiore Titulo de speciebus juris scripti, faciunt mihi otium ab ejus expositione. ne alteram attingam, hanc habeo causam: quod suus veniet de ea dicendi locus Titulo IX & sequentibus. postrema pars patet longius,

quam ut paucis absolvi debeat. quid, si nil opus, exscribere de vitis Veterum Jurisconsultorum tradita a Viris Clarissimis, Johanne Bertrando, & Gulielmo Grotio: quæ sunt in manu omnium. poterit etiam curiosior talium, uti Notis & Commentariis Doctissimorum hominum qui hunc Titulum jam dudum illustrarunt.

TITULUS III.

De legibus, Senatusconsultis, & longa consuetudine.

PARTES hujus Tituli sunt tres: prima est de legibus, altera de Senatusconsultis, tertia de longa consuetudine. sed de Senatusconsultis iterum dici, nihil opus: quia de his jam egi in expositione partium juris scripti. Ibidem leges quoque attingi: sed historico more; magis ut liqueret juris auctor & conditor, quam ut legum natura intelligeretur. erit igitur præter opus, hic primum de legibus, & deinde de longa consuetudine quæ postrema Rubricæ pars est, paucis differere.

In l. 2. h. t. ex Marciano ponitur duplex legis definitio: una Chrysippi, altera Demosthenis. neutra vera, sed quæ Græcis *κατὰ δέμους* id est, secundum laudem, appellatur, auctore Isidoro lib. 2. Origin. c. 29. tantum in ea quæ Chrysippi est, notabo: quod ait, legem oportere esse regulam justorum & injustorum: quomodo Seneca lib. 4. De benefic. c. 12. Verba Senecæ Cum creditum dicimus, imagine & translatione utimur. sic & legem, justis injustisque regulam esse. Regula autem est, quam imitemur. Hoc sensu Plinius lib. 34. Hist. nat. c. 8. Polycletus, inquit, fecit quem canona artifices vocant, lineamenta artis ex eo petentes, velut a lege quadam, solusque hominum artem ipse fecisse artis opere iudicatur. Non minus placet hoc in Demosthenis definitione: Lex est cui omnes obtemperare convenit: tum ob alia multa, tum vel maxime eo, quod omnis lex inventum ac munus Dei est. Nempe, quia omnia ab hominibus facta naturali ratione, divina voluntate facta intelligi par est: non est dubium, quin humanæ leges, pertinentes ad tuendam civilem societatem ratione naturali inter homines institutam, ratione naturali, id est, divina voluntate, inventæ constitutæque intelligi debeant.

Transco ad l. 1. h. t. in qua est sequens Papiniani definitio, ei quæ est Demosthenis in d. l. 2, non absimilis. Lex est commune præceptum, virorum prudentium consultum: delictorum quæ sponte vel ignorantia contrahuntur, coercitio: communis reipublicæ sponsio. Primum ait Papinianus, quod lex est, præceptum: non quale quale; sed cui inest coercitio, & (ut ab illo dicitur l. 41. D. de pœnis) additur sanctio. ita optime Seneca Epist. 95. Leges, inquit, sunt minis mixta præcepta. Et ab hac causa apud Ovidium lib. 1. Metamorph. in descriptione seculi aurei.

— Nec verba minacia fixo ære ligabantur.

Similiter apud Prudentium lib. 2. Adversus Symmachum.

— Dicant, cur condita sit lex

Bis sex intabulis, aut cur rubrica minetur

Qua prohibet peccare reos.

Est igitur Lex, præceptum, & minax: sed commune. hoc enim addit Papinianus. Atejus Capito, apud A. Gellium lib. 10. Noct. Attic. c. 20. Lex est, inquit, generale jussu populi aut plebis, rogante Magistratu. Et utrique convenienter Ulpianus l. 8. h. t. Jura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur. In Duodecim quoque Tabulis sic cautum fuisse, Privilegia ne irroganto, constat ex Cicerone, De legibus lib. 3. c. 19, & Pro domo c. 17. Non tamen hoc est sine difficultate, propter hoc Pauli, (quod in l. 16. h. t. est ex ejus lib. singulari De jure singulari) Jus singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est. Nisi putamus, jus singulare, etsi adversus rigorem juris constituatur ob publicam utilitatem; tamen esse commune præceptum: quia non in unam constituitur personam, sed in ejusdem conditionis personas.

sonas plures: ut evenit in jure fisci, dotium, principis, creditorum, & his similibus. Est etiam, ubi jus singulare spectat ad universos cives: quale est quod in pecunia credita est receptum l. 15. D. de rebus creditis. Major metus est a privilegiis, ad unum hominem pertinentibus: cum sint privæ leges. Sed interest, utrum in aliquem, an pro aliquo, aut de aliquo, feratur privilegium. alterum fit in bonam partem; forte si præmium datur, aut pœna remittitur: alterum in malam; ut, si nova ponitur pœna, aut vetus gravatur. illud non vetuit Lex Duodecim Tabularum; & extant exempla. hoc vetuit: non enim dicit, Privilegia ne roganto: sed, Ne irroganto. quo sensu dicimus, pœnam irrogari, mulctam irrogari, infamiam irrogari l. 131. §. 1. D. de verb. sign. l. 20. l. 41. D. de pœnis. Tit. C. Quib. ex caus. infam. irrog. ita certe Cicero lib. 3. De legib. c. 19. In privatos homines leges ferri noluerunt: id est enim privilegium: quo quid est injustius? Eodemque modo Ulpianus d. l. 8. Jura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur. Fuerit pro ratione ejus sententiæ hoc Quintiliani, Declam. 339. Quamquam rationem etiā, propter quod non liceat rogationem contra singulos ferre, illam video, quod peccata singulorum videantur habere leges suas. homicidium fecit aliquis, sacrilegium, injuriam, ceteraque his similia: suo jure puniuntur. Erat vero id necessarium, libera republica, & ibi nimia potentia seditiosorum Tribunorum plebis: ut indicare etiam Cicero videtur. at mutata republica, minore periculo id jus fuisse creditur, nulla causa odii Principalis in privatos, infra Principem constitutos, nescio, an ab adulatione: cum & Principes sint homines, humanis vitiis non minus, quam alii, obnoxii. tamen sic obtinuisse, docet Ulpianus l. 1. §. 2. D. de Const. Princ. Sed revertor ad definitionem: ait Papinianus l. 1. h. t. quod Lex est, virorum prudentum consultum: non aliam ob causam, quam quod pleræque leges a sapientibus sunt decretæ & latæ. Consultum enim Papiniano non est, consilium aut suasio: sed decretum. nam consulere, apud Veteres, non modo est suadere, sed etiam judicare & decernere ut alibi indicavi lib. 2. Observ. c. 18. Porro ait Papinianus, quod lex est, coercitio delictorum quæ sponte vel ignorantia contrahuntur. Apud Marcianum l. 2. h. t. sic transfertur, Coercitio eorum quæ sponte vel involuntarie delinquuntur. Utrumque eodem sensu. Pulchre Cicero Topicis c. 32. Omnium causarum in aliis inest constantia, in aliis non inest. in natura & in arte constantia est, in ceteris nulla. sed tamen earum causarum quæ non sunt constantes, aliæ sunt perspicuæ, aliæ latent. perspicuæ sunt quæ appetitione animi judiciumque tangunt. latent quæ subiectæ fortune sunt, cum enim nihil sine causa fiat, hoc ipsum est fortuna eventus obscura causa quæ latenter efficitur. etiam ut ea quæ sunt, partim sint ignorata, partim voluntaria. ignorata quæ necessitate effecta sunt, voluntaria quæ consilio. quæ autem fortuna vel ignorata, vel voluntaria. nam jacere telum voluntatis est: ferire quem nolueris, fortuna. ex quo aries ille subicitur in vestris actionibus; si telum manu fugit magis, quam jecit. cadunt enim in ignoracionem atque in imprudentiam perturbationes animi, quæ quamquam sint voluntaria, (objurgatione enim & admonitione dejiuntur) tamen habent tantos motus, ut ea quæ voluntaria sunt, aut necessaria interdum, aut certe ignorata videantur. Ex Cicerone apparet, quod apud Marcianum est sponte & involuntarie, apud Papinianum sponte & ignorantia æque recte dici. ita utrumque velle, legem coercere delicta non modo facta dolo malo, id est, deliberato animo, seu inte-

gra voluntate, sed etiam animo perturbato, id est, per imprudentiam, seu voluntatem non integram: ut si culpa arguatur, aut res sit mali exempli, etsi non sit mali animi. prioris generis exemplum in lege Cornelia de sicariis quæ solum punit dolum malum l. 1. §. 3. l. 7. D. Ad leg. Cornel. de sicar. posterioris in lege Aquilia, puniente culpam etiam levissimam l. 44. D. Ad leg. Aquil. item aliud l. 3. §. 2. D. Ad leg. Corn. de sic. Postremo ait Papinianus l. 1. h. t. quod lex est, communis reipublicæ sponsio: quomodo apud Dionysium Halicarnassensem lib. 10. Rom. antiq. c. 1. Consules & Patriciorum potentissimi ajunt, Leges esse pacta ex communi civitatum, non partis civium in iis habitantium, consensu facta. Etsi nescio an legem melius sic definiat Aristoteles, Rhetoric. ad Alexandrum c. 1. Lex oratio quadam est quæ communi civitatis consensu definita, jubet, quo pacto unumquidque agendum sit. Interest enim inter legem & pactiōem seu sponsionem. nam lex est jussum ex pactiōe profectum. pactio seu sponsio est Magistratus rogantis, Velitis jubeatis Quirites, & populi respondentis, Uti rogas. ex illa pactiōe ait lex, Ne quis posthac stuprum adulterium facito sciens dolo malo l. 12. D. Ad leg. Jul. de adult. Item, Uti legassit, ita jus esto l. 120. D. de verb. sign. Lex igitur proprie non est pactio, sed jussum summæ potestatis; & ut optime Aristoteles, oratio quadam quæ communi civitatis consensu definita, jubet, quo pacto unumquodque agendum sit. Sed hæc confuderunt Veteres.

Vidimus legis definitionem. videamus virtutem. de hac ita Quintilianus lib. 7. Inst. orat. c. 4. Lex omnis aut tribuit, aut adimit, aut punit, aut jubet, aut vetat, aut permittit. Brevius & elegantius sic Modestinus, Legis virtus est, imperare, vetare, permittere, punire l. 7. h. t. Possit tamen vel hoc videri non sine difficultate: eo quod non addit Modestinus, suadere: cum in Pandectarum Fragmentis complura extant consiliorum suasionumque exempla: ut in l. 34. h. t. l. 36. D. de rei vindic. & alibi. Sed Modestini sermo est de virtute legis: Fragmenta autem illa non sunt leges; sed doctrinæ Jurisconsultorum, etsi a Justiniano acceperint legum auctoritatem. hoc vero contigit post Modestinum, nec illi umquam venit in mentem. igitur non putavit Modestinus, esse legis, cives ornare virtute aut sapientia: sed tantum vi atque imperio cavere publicæ quieti adversus illorum stultitiam aut improbitatem: animi autem ornamenta, id est, doctrinam & virtutem, relinquere prudentiæ Jurisconsultorum. atque illo sensu Præcepta Juris quæ tantum hortantur, non cogunt, nec puniunt, distingui a Regulis Juris quas Modestinus hic virtutes legis appellat, multis ostendi Julio Paulo c. pen. § ult. Est igitur Legis virtus, imperare utilia & vetare contraria: illa præsertim quæ ut plurimum accidunt; non quæ ex inopinato l. 3. h. t. Celsus l. 4. § 5. ait, jus potius debere aptari ad ea quæ & frequenter & facile, quam quæ per raro eveniunt. quin Paulus l. 6. quod semel, inquit, aut bis contingit, prætereunt legislatores. Porro dicit Modestinus, Legis virtutem esse, permittere. Atqui hoc est, nihil agere. Seneca lib. 3. De benefic. c. 21. Quadam sunt quæ leges nec jubent, nec vetant. Veneri igitur quis possit; ne permissio proprie non sit legis opus. Tamen hæc ad legem pertinet, quatenus demit pœnam, si indulget aliquid majoris mali evitandi gratia: quod de concubinato observat Ulpianus l. 3. §. 1. D. de concubinis. idem est animadvertere, si lex cavet; ne quis in eo quod permittitur, ab alio impediatur: ut fit; cum jubet, ita jus esse, uti

paterfamilias legasset l. 120. D. de verb. signif. Postrema Legis virtus Modestino est, punire. puto, ne contemptui pateat Lex, non munita terrore adversus stultos aut feroces, communem utilitatem ponentes post privatam. & pertinet huc sanctio, pars Legis certam pœnam irrogans iis qui non obtemperaverint ejus præceptis l. 41. D. de pœnis. Fuisse tamen leges sanctione carentes; easque, quia non puniunt, aut non rescindunt actum contra leges factum, imperfectas appellari solitas, cum ex Livio, & Macrobio, tum ex Ulpiani *Fragmentis tit. 1*, aliisque ostendit Fredericus Brummerus *Ad Legem Cinciam c. 111*. quem non describo. saltem addam, quod ab illo omisum, leges omnes hodie esse perfectas ex Constitutione Theodosii & Valentiniiani l. 5. C. h. t. nisi forte malit Legislator, negotium quidem ipso jure subsistere, sed ei effectum a Prætoribus denegari: ut in Senatusconsulto Macedoniano & Vellejano annotabo.

Quid igitur efficimus? oportere unumquemque ex præscripto legis, tamquam animæ civilis corporis, inhibita declinare vel permilla sectari, utique postquam id manifestius cognoverit l. 9. C. h. t. est enim recte notatum, legem tantum futuris dare formam negotiis; non ad præterita facta revocari l. 7. C. h. t. scilicet, quia futura possunt evitari; præterita non possunt. futura autem negotia in d. l. 7. putata esse, non lites de negotio præterito orituras: sed futura negotia ex quibus lis nasci possit, nisi (ut ait d. l. 7.) sit nominatim cautum de præterito tempore, & negotiis adhuc pendentibus, finge: nova lex interpretatur veterem est rationis, novam retrahi ad veterem; cuius mens lege nova illustratur: cum utique foter investiganda *Novell. 19*.

Nec hoc præteribo: quod, ut omnes legibus in civitate teneantur, excipitur tamen lege aliqua solutus a Populo, a Principe, aut a Senatu. nam vel hoc obtinuisse, docet Asconius Pedianus *Argum. in Orat. Ciceronis Pro C. Cornelio*: nec minus pulchre pleneque ex eo intelligitur; quod una solutus lege, ex usu Latini sermonis, legibus solutus dicitur. Innotuit hoc eruditioribus, ego ignorare id nullum volo. cur enim sinam, studiosos Juris, cum legunt apud Ulpianum l. 31. h. t. *Principem legibus solutum esse*, falsa persuasionem existimare, eum legibus nullis teneri: tamquam omnibus, sine exceptione, sit solutus? non debet sic crude accipi d. l. Ulpianus. quin, si verum amamus, vivit cæterorum more Princeps legibus omnibus: præter eas quibus specialiter solutus sit, quatenus attinet ad privata vitæ ministeria l. 4. C. h. t. etsi pro maiestate imperii leges facientem aut corrigentem, postulante communi utilitate, hætenus legibus, id est, juris solemnibus, esse solutum, negari nequeat l. 3. C. de testamentis. l. 23. D. de legatis lib. 3. §. ult. *Inst. Quib. mod. testam. infirm.* Quid igitur intendit d. l. 1. Ulpianus: *Princeps, inquit, legibus solutus est?* nimirum, quod vult usus Latinæ linguæ, Principem esse solutum Lege Julia & Papia: id est, eum a Senatu accepisse immunitatem ab illa Lege: nihil aliud. primum de hac Lege eum cogitasse, indicio est inscriptio d. l. 31: quæ sic habet, *Idem lib. 13. Ad legem Juliam & Papiam*. deinde constat ex *Dione lib. 59. pag. 747*, Imperatorem Caligulam, ut nominatim lege Julia & Papia solveretur, a Senatu impetrasse. sed in primis huc ducit posterior Ulpiani versus: *Augusta autem licet legibus soluta non est, Principes tamen eadem illi privilegia tribuunt quæ ipsi habent.* Aut enim me fallit animus meus. aut ex hoc versu apparet, ab Ulpiano non disputari, an Princeps sit omnibus

legibus, sine exceptione, solutus: quod vulgo præ se ferunt Interpretes: sed, an habeat privilegium a Lege Julia & Papia. postquam enim de Principe dixit Ulpianus, deinde ait, Augustam quidem non esse solutam legibus; id est, non quidem a Senatu accepisse privilegium a Lege Julia & Papia: tantum enim esse datum Principi: sed Principes Augustæ eadem tribuere privilegia quæ ipsi habent. Id vero in summa quid efficit? nisi quod Augusta a Lege Julia & Papia eandem habet immunitatem quam habet Princeps: sed hic a Senatu; illa a Principe. Hæc nunc breviter. plura de *di Dissert. De jur. summi imp. & lib. 1. Observ. c. 3. & 4.*

Huc usque egi de legis definitione, natura, effectu. tempus est, cogitare de interpretatione, sed primum monebo, legem certam atque indubitatam neque desiderare, neque pati, interpretationem: uno relicto ejus obsequio. ita, si liqueat legis ratio. imo, si non liqueat: modo certa sit voluntas, nam (ut egregie Julianus l. 20. h. t. & ipse exemplo declaravi lib. 1. *Observ. c. 2*) non omnium quæ a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest. Ain' tu? pleraque legum ante, quam jubentur aut verantur, sunt indifferentia. tantum solet ex mediis eligi ad quod stetur; ne assidua de æquitate lis sit. jam quod lege probatur, non semper est justius eo quod lege negligitur. porro miramur, in incerto parvi discriminis aliquando latere electi juris rationem, etsi pateat ejus sententia? potius putemus, interesse rerum civilium, quoties est certa legum sententia, non inquiri rationes eorum quæ constituuntur; alioquin futuro; ut multa jam certa everterentur. Sic Neratius l. 21. h. t. & clare: nisi monendum, quod dicit, *Rationes eorum quæ constituuntur, inquiri non oportere*, simile esse huic *Lactantii lib. 2. Divin. Inst. c. 7. Tantaque est auctoritas vetustatis, ut inquirere in eam, scelus esse ducatur*. sic enim apparet, inquirendi verbo apud Neratium, non aliam intelligi inquisitionem, quam corrigendi mutandique animo factam. Id obiter. Porro dicam, legem certam, licet duram, ubi scripta est, servandam esse l. 12. D. *Qui & a quibus manumissi*: ideoque nulli privato, live Jurisconsulto, live Magistratui, ejus interpretationem permitti, ne prætextu quidem inducendæ æquitatis. Subrides: video: sed noli. nam legem interpretari est, ejus ambiguitatem regere, æquitatem petita ab ejus mente: at æquitatem legi inducere contra mentem ejus, non est, interpretari legem: sed aliam facere. quod non est privati Jurisconsulti, aut Magistratus: sed Legislatoris: id est, Principis. *Constantinum audi l. 1. C. h. t.* sic loquitur: *Inter æquitatem jusque interpositam interpretationem nobis solis & oportet & licet inspicere.* Certum autem (nam hoc addam) intelligitur, quod semper habuit certam interpretationem l. 23. l. 37. & 38. h. t. Satis de lege certa. Quid, si dubia atque ambigua sit? jam adjuvandum interpretatione est ejus incertum: ut clareat voluntas, sola tenens, quia sola lex est.

Incidit vero dubitatio aliquando circa legis verba, aliquando circa mentem. sed qualiscumque illa sit: bene monet Celsus l. 24. h. t. Incivile esse, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita, judicare, vel respondere. idque in privatis quoque scriptis observari, æquum est. Apulejus, *Apolog. Multa sunt quæ sola prolata, calumnie possint videri obnoxia. cujavis oratio insimulari potest: si ea quæ ex privatis nexa sunt; principio sui defraudentur: si quedam ex ordine scriptorum ad libidinem supprimantur.* Ante omnia igitur cum explicanda lex est, oportet inspi-

ei ejus verba, & quidem universa, mentem ex solido indicatura. sunt vero vel simplicia vel composita. in simplicibus deprehenditur ambiguitas: si plures sint verbi significationes, aut propriæ, aut impropriæ: in compositis oritur ex structura. utroque casu comparanda sunt præcedentia cum sequentibus; & retinenda proprietas, quamdiu servit legis sententiæ: alioquin arripienda significatio rei gerendæ aptior *l. 67. D. de reg. jur.* qualis dicitur vitio carere *l. 19. h. t.* sane, cum leges sint decreta prudentum virorum, pro tuenda communi utilitate; an est verisimile, legis auctorem in re gravi & seria voluisse stulte atque absurde loqui? ne putandum igitur omni modo est: ut evitetur absurditas. id Veteres diligenter observarunt, & sunt complura exempla: sed contentus ero, indicasse duo: unum Pauli *l. 36. §. 3. D. de petit. hered.* alterum Ulpiani *l. 3. §. 1. D. de donat. int. vir. & uxor.*

At ambiguitas non semper hæret circa verba: aliquando penetrat ad mentem. quod si est: placet hoc Pauli *l. 19. D. Ad exhibendum: Non oportet jus civile calumniari, neque verba captare: sed qua mente quid dicatur, animadvertere.* Ita non sit recedendum a legis verbis, ejus menti congruentibus: interim scire leges non est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem *l. 17. D. h. t.* id est, mentem & voluntatem: qua una lex censetur: verbis magis ad hanc designandam comparatis. optime sic Cicero, *Pro Cæcina c. 18. Quid? verbis satis hoc cautum erat? minime. quæ res igitur valuit? voluntas, quæ sit acitis nobis intelligi posset? verbis omnino non uteremur, quia non potest; verba reperta sunt, non quæ impedirent, sed quæ indicarent voluntatem.* Igitur huc paulatim devenitur: ut non magis oporteat quem facere adversus legis mentem, quam adversus ejus verba: quia hoc modo facit contra legem; illo facit legi fraudem, utrum autem fiat; in summa quid refert *l. 29. & 30. D. h. t.* Non minus egregie nos meminisse, suadet Modestinus, nullam juris rationem, aut æquitatis benignitatem pari; ut quæ salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos durior interpretatione, contra ipsorum commodum, producamus ad severitatem *l. 25. h. t.* Ne exemplum desit apposui *l. 14. C. de procuratoribus.* & licet inspicere. Sunt igitur benignius interpretandæ leges, quo voluntas earum conservetur *l. 18. D. h. t.* semper agentium, ut prosint: numquam, ut noceant. est sententia hæc Constantini *l. 8. C. de judiciis: dicentis, Placuisse in omnibus rebus præcipuam esse justitiæ æquitatisque, quam stricti juris, rationem.* Non est hinc aliena vel illa observatio: quod evenit sæpe; ut latius pateant legis verba, quam ejus sententia. contra evenit quoque, ut sint angustiora. illic restrictione, istic extensione, opus est: certo, pro lege haberi; non quod scripto, sed quod voluntate, continetur: igitur si late pateant legis verba, & angusta sit ejus sententia: perinde accipitur lex, ac si plus dixerit, minus significaverit. id usum invenit *l. 3. §. ult. & l. 4. D. de recept. & qui arbitr. l. 2. §. 3. D. Ad Senatusc. Vellej.* Vice versa, si angusta sint legis verba, & late porrigatur ejus sententia: potest interpretatio, tanquam legis permissu, ex eo quod scriptum est, ratiocinando procedere ad non scriptum, nec cogitatum; modo si esset cogitatum, probabiliter fuisset scripto comprehensum. est vero hæc interpretatio eo majoris usus: quia neque leges, neque Senatusconsulta, ita scribi possunt; ut omnes casus qui quandoque inciderint, comprehendantur: sed sufficit, ea quæ plerumque accidunt, contineri; & cum in aliqua causa ma-

nifesta est sententia; is qui jurisdictioni præest, ad similia procedere; atque ita jus dicere debet *l. 10. 11. 12. & 13. h. t.* Hæc vero interpretatio sicut fit ex mente legis: ita cautionis est; ne fiat adversus eam: quando, certa legis voluntate, nullus est interpretationi locus: ut maxime prætexatur æquitas. Res ultro clara. Utinam satis esset animadverti ab Interpretibus! numquam persuasissent sibi aliisque, licitam parentibus esse liberorum exheredationem ob alias causas, quam in *Novell. 115. c. 3.* a Justiniano expressas. est enim falsa illa sententia: non quod negem, potuisse alias causas æque justas addi. contra scio, esse multas æque justas, imo etiam justiores expressis. illud me movet: quod Imperator alias causas, præter expressas, interpretatione induci vetuit. nec ad rem pertinet, utrum ratione sic statuerit, an secus: cum ejus rei judicium excedat modum privati Jurisconsulti aut Magistratus, alligati legibus: soliusque sit Principis, legibus soluti. Servanda igitur est ea durities, donec a Principe immutetur: cum adversus legem certam, orli iniquam aut duram, privatis nihil permittatur: ut jam in antecessum indicavi. Non minus observandum, (est enim ab eodem principio) quod contra rationem juris receptum est, non esse producendum ad consequentias. sic Paulus *l. 14. D. h. t.* & recte; numquam enim debet lex cum lege interpretando committi. id vero futurum est: si ad consequentias trahatur singulari jure constitutum: non enim lex a privatis hoc fieri voluit; ne similitudine quidem rationis *l. 15. & 16. h. t.* Potius licebit eo casu uti argumento a contrario. idque Papinianus *l. 1. D. de officio ejus cui mand. jurisa.* vocat fortissimum, rectissime in vera lege cujus singularis ratio sit: qualis est lex Julia qua de loquitur. Simile dicam de *l. 8. C. de revoc. donat.* quæ ex lex Constantini, scripta ad Orphitum, Præfectum Prætorio, ea lex specialiter patrono, propter liberos ei postea natos, indulget revocationem donationis, liberto ante factæ. In eo exemplo & similibus potest dici, Lex noluit quod non dixit: item, lex non permittendo exigere vetuit: ut ait Seneca *lib. 5. De benefic. c. 21.* Ex eodem genere est hoc *l. 22. h. t.* Cum lex in præteritum quid indulget, in futurum prohibet. Caterum, quod Papinianus fortissimum esse argumentum dixit in Lege Julia, & ipse confessus sum iam in Constitutione Constantini: falsum atque inane est in Rescriptis Codicis quæ sunt ad factum certum: qualia pleraque sunt. idemque est in Fragmentis Pandectarum: quæ proprie sunt doctrinæ Veterum Jurisconsultorum, etsi jure novo acceperint vim legum. non minus vana in his omnibus sunt argumenta quæ ab Interpretibus passim fiunt a consequentia, puto, præter Veterum Auctorum mentem, non sine confusione juris nostri: ut in loco demonstrabo ex *l. 12. §. 3. D. de admin. tutorum,* & aliis exemplis ante hac demonstravi, *Julio Paulo c. 7.*

Exposui omnem juris scripti rationem. reliquum est; ut de jure non scripto disputemus. id jus Rubrica nostra appellatione longæ consuetudinis designat. nam, ut in antecessum monui, jus est populi jussum, id est, populi voluntas palam vel tacite declarata: palam scripto, ut lege: tacite sine scripto rebus & factis, id est, moribus & consuetudine. Est igitur consuetudo tacita populi voluntas. quæ ut liqueat, (est enim facti) tria concurrere oportet: primum tempus diuturnum, deinde actuum frequentiam, postremo ne ab-

hor-

horreat a ratione naturali. primum desideravi tempus diuturnum. inde diuturni mores, diuturna consuetudo, inveterata, longa, & longæva consuetudo, & similia §. 9. *Inst. de jur. natur. l. 32. §. 1. l. 33. l. 35. b. t. l. 1. §. 2. C. Quæ sit long. consuetudo.* Quantum autem debeat esse tempus, ut longa sit consuetudo, quia in jure non est expressum, Judicis arbitrio relinquendum est *l. 1. D. de jur. delib.* Deinde desideravi actuum frequentiam. hanc attingit *d. l. 1. C. Quæ sit long. consuetudo: Præses,* inquit, *provincia probatis iis quæ in oppido frequenter in eodem controversiarum genere servata sunt, causa cognita statuet.* In *l. 3. C. eod. tit.* id sic exprimitur: *Leges quoque ipsas antiquitus probata & servata tenaciter consuetudo imitatur.* Inde quaeritur, quam dicamus frequentiam? aliquis putet, sufficere duos aut tres actus: quia pluralis numerus dicitur duobus aut tribus esse contentus *l. 11. D. de testibus.* Sed non probo: nam ubi duo aut tres sunt; plures quidem uno sunt, at frequentia non est, nisi quis potest sibi persuadere, frequentem esse Senatum, frequentem populum, aut frequens collegium: cum adsunt duo aut tres de Senatu, de populo, aut de collegio. sed id censentem sonus verbi refutet: frequentia non paucos, sed multitudinem, significante. Non magis potest tenaciter servata dici consuetudo; nisi sæpissime servata. interim quot actus faciant frequentiam, nec ejus extat definitio. est igitur vel ipsa Judicis arbitrio relinquenda. Illud parvi refert, quales sint hi actus judiciales, an extrajudiciales: modo ad intelligendam populi voluntatem sint idonei, tantum consilii ac prudentiæ est hoc Ulpiani *l. 34. b. t. Cum de consuetudine civitatis vel provincie considerare quis videtur: primum quidem illud explorandum arbitror; an etiam contradicta aliquando judicio consuetudo firmata sit.* Hactenus legitur, *contradicta aliquando judicio.* sed verior lectio est, *contradicta aliquando judicio.* observavit hanc Leunclavius, V. Cl. lib. 2. *Notarum c. 3.* ex sequente Græcorum versione: *Tunc utimur consuetudine, quum aliquando in dubium vocata, judicio firmata fuit.* Postremo requisivi; ne consuetudo abhorreat a naturali ratione. & recte. nam ubi ratio deficit, ibi est error. is vero imperitiam detegit: eoque nec intellectum habet, nec voluntatem: quibus æstimatur consuetudo, nihil præter Populi consensum, sive voluntatem, significans. Huc decurrit illud Celsi; *Quod non ratione introductum est, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum, in aliis similibus non obtinet l. 39. b. t.* Eodem pergit Varro lib. 8. *De ling. Latin.* verbis sequentibus: *Qui ad consuetudinem nos vocat, si ad rectam, sequamur: sin ad eam invitet, quæ est depravata, nihil magis sequamur.* Aque Justinianus *Novell. 134. c. 1. ad fin.* sic scribens: *Male adinventæ, consuetudinesque malæ, neque longo tempore, neque ex longa consuetudine firmantur.* Est mihi proclive, in eundem sensum trahere celebre Imp. Constantini Rescriptum, quod est in *l. 2. C. Quæ sit longa consuetudo* hac forma. *Consuetudinis ususque longævi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem.* Est, scio, pervulgata sententia, quæri; an consuetudinis, ususque longævi, illa vis sit; ut possit tollere anteriorem legem: soletque ad hoc varie responderi ab Interpretibus. Sed non id agitur: verum contra; an consuetudo ideo, quod longæva est, tanti sit ponderis atque efficacæ: ut non debeat cedere aut rationi aut legi, quamvis detecto errore. Non alio ducunt verba: *Non us-*

Noodt Operum Tomus II.

que adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem. Est vero mihi suspicio, non hic verti qualem qualem consuetudinem alia lege mutandam, suadente aliqua civili ratione: sed sollicitari religionem, magis vetustate, quam ratione & veritate, subnixam. Hæc ut liqueat suspicio; porro notabo, esse hoc Rescriptum Constantini: qui primus inducta Christiana religione, Gentilem superstitionem repudiavit pro errore. Rem indicat Lactantius lib. 1. *Divin. Inst. c. 1.* Accedit: quod ex *c. 7. lib. 2. ejusdem Operis* intelligitur, Christianos pro suis partibus deinde, commendasse quidem studium rationis & veritatis, omni errore potioris: sed Gentiles ægre tulisse, hoc prætextu negligi vetustatis reverentiam; & mutationem ejus pro impia, eoque pro scelere reputasse. Verba Lactantii quæ huc faciunt, appolui. *Ha sunt religiones quas sibi a majoribus suis traditas pertinacissime tueri ac defendere perseverant nec considerant, quales sint, sed ex hoc probatas atque veras esse confidunt, quod eas veteres tradiderunt: tantaque est auctoritas vetustatis, ut inquirere in eam, scelus esse ducatur.* Lactantio addam Symmachum lib. 10. *Epist. 61;* ausum, eodem prorsus argumento pro ara Victoriæ quam everti volebant Christiani, ad Imppp. Valent. Theodos. & Arcad. sequentem facere Relationem. *Noster labor pro clementia vestra ducit excubias. cui enim magis commodat, quod instituta majorum, quod patria jura & fata defendimus, quam temporum gloria? quæ tum est major, cum vobis contra morem parentum intelligitis nihil licere.* Ostendi quod intendo, noluisse Gentiles inquire in rationem suæ religionis, longa consuetudine probatæ; ejusque mutationem habuisse pro scelere, ideoque pro illicita Principi. Sic vero apparet occasio & causa *d. l. 2.* Est illa, ut dixi, Imperatoris Constantini, & scripta Proculo, Proconsuli Africæ. (quomodo habet Inscriptio in quibusdam exemplaribus) inde fit mihi probabile, illum Proconsulem, forte Gentilem, acceptis a Constantino mandatis, ex vetere superstitione quid informantibus, fecisse Relationem, ei quam ex Symmacho attuli non dissimilem; in eaque quæsisisse a Constantino: essetne Principi jus fasque, auctoritatem consuetudinis ususque longævi contraria lege infringere: & esse rescriptum ab Imperatore, Consuetudinis ususque longævi non esse vilem auctoritatem: (Litores est, minus dicens, & plus significans) sensus, Consuetudinis, ususque longævi, esse magnam auctoritatem, si ratione commendetur. quod si mala sit: magis errorem videri; nec succurrere causam, cur minus lege, quam ratione, vincatur. Aliis aliud sedet: sed dixi, quid mihi videatur. id si non ad liquidum, saltem ad probabile illorum temporum, accedit: lubenterque ideo adscribo etiam hoc Prudentii, Symmacho ita respondētis *l. 1. Contra Symmachum.*

Illæ tyrannorum fuerat medicina, videre

Qui status ante oculos presentibus ac perituris

Competeret rebus, nec curam adhibere futuris.

Plane, etsi mala consuetudo, detecto errore, non faciat jus in futurum; non tamen iniquum fuerit, eam a pœna exulare in præteritum. Optime Seneca *l. 2. De ira c. 9. & 10.* *Hac conditione nati sumus, animalia obnoxia non paucioribus animi, quam corporis morbis: non quidem obtusa, nec tarda, sed acumine nostro male utentia; alter alteri vitiorum exempla. quisque sequitur priores male iter ingressos. quid ni habeant excusationem, cum publica via erraverint? in singulos severitas Imperatoris distringitur. at necessaria venia est, ubi totus deseruit exercitus.*

B

quid

quid tollit iram sapientis? turba peccantium, intelligit, quam iniquum & periculosum sit, irasci publico vitio.

Effectus consuetudinis est, imitari legem §. 9. *Inst. de jur. Natur. l. ult. C. Quæ sit long. consuetud.* Julianus *l. 32. §. 1. h. t.* ait, eam pro lege, id est, tamquam legem, custodiri: addita ratione; quod ipsis legibus nulla alia ex causa nos tenentibus, quam quod iudicio Populi receptæ sunt; merito etiam ea quæ sine ullo scripto Populus probavit, tenebunt omnes: quum præsertim nil interfit; utrum voluntatem suam Populus suffragio declaret; an rebus ipsis & factis, plus ait Paulus, jus non scriptum in tantum probatum esse; ut non fuerit necesse, scripto id comprehendere *l. 36. h. t.* Ita de causis in quibus non utimur jure scripto *d. l. 32. pr.* Ulpianus *l. 33. h. t.* sic exprimit: Diuturna consuetudo pro jure & lege in his quæ non ex scripto descendunt, observari solet. Jam vero si sit lex scripta, & de ejus interpretatione quærat: ait Callistratus *l. 37. h. t.* esse in primis inspiciendum, quo jure civitas retro in ejusmodi casibus usa fuit: optimam enim legum interpretem esse consuetudinem. subjicitque *l. 38.* Imperatorem Severum rescri-

psisse, in ambiguitatibus quæ ex legibus proficiuntur, debere consuetudinem, aut rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritatem, vim legum obtinere. Leges igitur imitatur consuetudo, addo, etiam retinet *l. ult. C. Quæ sit long. consuet.* Modestinus *l. 40. h. t.* dicit, quod legem scriptam confirmat. quia (ut Julianus ait *d. l. 32. §. 1.*) ipsæ leges nulla alia ex causa nos tenent, quam quod iudicio Populi receptæ sunt. Quod si est: an miramur, leges etiam tacita Populi voluntate, id est, desuetudine, aut contraria consuetudine, tolli aut mutari? atqui Julianus *d. l. 32. §. 1.* rectissime, inquit, etiam illud receptum esse; ut leges non solum suffragio legislatoris, id est, expressa ejus voluntate; sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur. Sic Julianus: æque Justinianus §. 11. *Inst. de jur. natur.* nec opus pluribus: re clara & certa. saltem patere, moneri; quod si quid, exolescente lege, interim per consuetudinem recipiatur, id perinde obtinet, ac si nulla lex scripta fuisset. id apparet egregio exemplo §. 7. *Inst. de injuriis.* Moratur tamen multos *l. 2. C. Quæ sit long. consuetudo.* Verum hanc paulo ante exposui.

TITULUS IV.

De Constitutionibus Principum.

Sub hoc Titulo qui est, de Constitutionibus Principum, non est quod desideres operam me-

am: exposita illa materia jam supra sub Titulo, *De Justitia & Jure*, in enarratione partium juris scripti,

TITULUS V.

De Statu Hominum.

INVENTO Juris fonte atque origine, age, nunc de ipso jure disputemus. habet id tria objecta. Gajus *l. 1. h. t.* ait, omne jus vel ad personas pertinere, vel ad res, vel ad actiones. Quas Gajus vocat personas, Rubrica homines indigitat, traducta significatione a comædiis: in quibus homo hic aut ille certo oris indumento designabatur, idque a personando persona vocabatur: auctore A. Gellio, *lib. 5. Noct. Attic. c. 7.* & in primis Boethio *lib. de person. & nat.* Igitur cum hominum causa omne jus constitutum sit, ex præcepto Hermogeniani *l. 2. h. t.* primo de personarum statu, id est, conditione, ac post de cæteris, ut res patitur, dicemus. Est autem personarum status, & propter statum jus personarum, multiplex.

Primum sunt aliqui nascituri, alii nati, nascituri cum matre comparati, cum qua cohærent, matris vel viscerum portio habebantur, nondum animalia, nec homines. idemque erat circa natos, quamdiu non essent suscepti, alique jussi: atque inde non dicam honestus aut laudabilis, sed licitus, id est, in foro Romano impunitus, matri in sua viscera sævienti abortus, donec Severi & Antonini Constitutione temporali exilio coerceretur *l. 4. D. de extraord. crimin. & l. 39. D. de pœnis.* Æque licita & impunita parentibus fuit sanguinolenti partus expositio, abjectio, suffocatio atque elisio, usque ad Imppp. Valentinianum, Valentem, & Gratianum. res detestabilis atque incredibilis: sed vera atque ab illis demum prohibita *l. 8. C. Ad leg. Cornel. de sicar. & l. 2. C. de infant. expos.* ut demonstravi Julio Paulo, *si ve de partus expos. & nece.* Sic in patre & matre. Alias noluerunt Veteres negligi-

spem nascituri hominis: arbitrati, id non finire finem humanæ conjunctionis: ad cujus tutelam pertinet qui se tueri nequit homo. Ab hac causa Paulus *l. 7. h. t.* (quæ est ex libro singulari *De portionibus quæ liberis damnatorum relinquuntur*) Qui, inquit, in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset, custoditur, quoties de commodo ipsius partus queritur. Non longe petam exemplum: sic ante patris damnationem concepti & post nati, portiones accipiunt ex bonis damnati patris *l. 1. §. 1. D. de bon. damn.* Esse hoc exemplum hujus loci, apparet ex *l. 7. D. de bonis damnatorum*: nam hic quoque locus est ex eodem Pauli *lib. singulari De portionibus quæ liberis damnatorum relinquuntur*: & videtur olim cohæsisse cum superiore. plura exempla attulit Julianus *l. 26. h. t.* Cæterum aliis prodesse partum, antequam nascatur, negat Paulus *d. l. 7.* & fuerit exemplum in Senatusconsulto Tertulliano: de quo ita Paulus *lib. 4. Sentent. tit. 9. §. 1.* Matres tam ingenuæ quam libertinæ cives Romanæ, ut jus liberorum consecutæ videantur, ter & quater peperisse sufficiet, dummodo vivos & pleni temporis pariant. Primum vult Paulus liberos, ut matri prosint in Senatusconsulto Tertulliano, esse natos vivos. sane ipse sic ait *l. 129. D. de verb. signif.* Qui mortui nascuntur, neque nati, neque procreati videntur: quia numquam liberi appellari potuerunt. Deinde vult Paulus *d. l. 1. §. 1.* pleni temporis esse partus, & §. 5. ait, talem partum esse septimo mense pleno aut decimo natum: de quo sequente Titulo diligentius. quid, si monstrosus sit partus aut prodigiosus? ait Paulus *d. tit. §. 3. & 4.* (unde desumpta est *l. 14. h. t.*) Non esse liberos qui contra formam humani generis converso more

more procreantur, veluti si mulier monstrosus aliquid aut prodigiosum sit enixa, addit tamen, partum qui membrorum humanorum officia ampliat, aliquatenus videri effectum: & ideo inter liberos connumerari, sic in Senatusconsulto Tertulliano: in quo de lucro agi, bene observavit Jacobus Cujacius *add. Pauli loc.* aliter vero obtinere in Lege Julia & Papia: ad quam respicit *l. 135. D. de verb. sign.* nam in ea prodesse liberos etiam monstrosos, ut evitentur pœnæ caducitatis quæ sunt odiosæ, eoque visæ benigne accipiendæ favore parentum quibus nihil potest imputari: quod ut potuerunt, statutis obtemperarunt.

Altera hominum divisio venit a sexu, estque is duplex *l. 195. D. de verb. sign.* & ab eo duplex homo: mas aut fœmina *l. 152. D. d. t.* Nisi præterea est hermaphroditus, idem mixtus ex utroque. Sed jam observavi *lib. 1. Probabil. c. 12*, mixtas species, sicut constant ex duabus simplicibus, ac modo in hanc, modo in illam, inclinant, ita recte sub hac aut illa comprehendendi; eoque duplicem fieri divisionem quæ alioquin est triplex: & rursus quia tertia seu mixta species habet aliquid ab utraque simplice separatum; eo quæ bipartita fuit divisio, non minus recte fieri tripartitam. Ut ut erit, ait in proposito Papinianus *l. 9. h. t.* in multis juris nostri articulis deterior est conditio fœminarum, quam masculorum. Bene ait, in multis: & sunt exempla *l. 2. D. de reg. jur.* non desunt quoque & diverso exempla in quibus est melior fœminarum, quam maium conditio: ut in *l. 12. C. Qui pot. in pign.* item in Senatusconsulto Vellejano, & alibi, quamquam vel hoc, si attendas, datur earum imbecillitati, id est, deteriori conditioni. De hermaphrodito quæritur, cui eum comparemus? & putat Ulpianus *l. 9. h. t.* magis æstimandum ejus sexus qui in eo prævalet, quo modo Cicero *lib. 5. De finibus c. 30. Ex eo, quod maximas partes continet, latissimeque funditur, tota res appellatur.*

Porro ut sexus, sic ætas, homines distinguit. sunt enim alii majores natu, alii minores, majores dicuntur egressi annum quintum & vicesimum, ob completum virilem vigorem. cæteri minores appellantur *l. 1. D. de minorib.* hi vero sunt aut impuberes, aut puberes. impuberes alii sunt infantes, quia fari non possunt *l. 1. §. 2. D. de admin. tut.* quales omnes sunt infra septimum annum *l. 18. C. de jur. delib.* quo compleri fandi potestatem, refert Isidorus *lib. 11. Orig. c. 2.* alii proximi pubertati: qui sunt prope pubertatem *l. 4. §. 26. D. de doli mali. & met. except.* item qui non multum a pubere ætate absunt *l. 14. D. de Senat. Silan.* id est, qui jam sunt tredecim annorum. aliis videtur aliud, at nullo antiquitatis testimonio. me in meam sententiam inducit Servius Honoratus, Vetus Grammaticus, ad hoc Virgilii, *Ecol. 8. vers. 39.*

Alter ab undecimo tum me jam ceperat annus.

Verba Servii. Id est, tertius decimus. alter enim de duobus dicimus. Et vult significare, jam se vicinum fuisse pubertati, quod de duodecimo anno procedere non potest. Bene cum annis jungit habitum corporis. Nam & in jure pubertas ex utroque colligitur. Pubertas alia est plena, alia minus plena, illa contingit, impleto anno decimo septimo, & inchoato decimo octavo. *l. 40. §. 1. D. de adopt.* hæc incidit, completo anno decimo quarto, & inchoato decimo quinto: sic enim obtinuit *pr. Inst. Quibus mod. tut. fin.*

At hominem non Natura tantum dividit, sed Jus quoque, est vero summa de jure personarum divisio: (ut Gajus scribit *l. 3. h. t.*) quod omnes

homines aut liberi sunt, aut servi. Sensus suadet, pluralem numerum converti in singularem: quasi sit, omnis homo est aut liber, aut est servus. Libertas autem a qua liberi vocantur, Florentino *l. 4. h. t.* est naturalis facultas ejus quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut jure prohibetur. Florentinus non aliam definit libertatem; quam in hominem cadere naturalis aut civilis ratio sinat. est enim ambiguum libertatis vocabulum: prope comparatione constans, & prout major aut minor, libertas aut servitus, res exemplo clarescet puta, aliquem unum stare in puncto; nec ei jus esse, ab eo recedere: pone, alterum posse inde abire & currere intra circulum parvum: pone, tertium habere facultatem recedendi non a puncto tantum, sed a minore quoque circulo, quo velit. dicam, secundum eum tertio comparatum, esse servum; quia minor est ejus, quam tertii libertas: & tamen cum primo comparatum, esse liberum; quia potest facere quod non licet primo. Potest igitur, ut intelligatur Florentini definitio, duplex fingi libertas: una absoluta, altera restricta, absoluta est, facultas ejus quod cuique facere lubet, restricta addit, nisi si quid vi aut jure prohibeatur. Hæc, inquit, est servitus. Nec nego, rem æstimantibus verbi sono, sed intra hunc non constitit Florentinus. is, cum definit libertatem, quærit eam quæ est vera hominis aut civis. hæc vero numquam est absoluta: quia omne jus humanum: id est, omnis humana facultas, civili aut naturali ratione terminatur. ita dicatur servitus: at non est hominis, sed rationis & legum servitus: quæ est una vera, & homini salutaris libertas: non comminuens ejus facultatem; sed, quod Natura præcipit, eam metiens regensque ejus utilitate; nec minus confirmans ac conservans eam adversus stultos aut feroces. Optime Aristoteles *lib. 5. De republica c. 9. Non oportet existimare, servitutem esse, vivere ad reipublicam administrandam formam accommodatæ, sed salutem.* Idem censet Cicero *Pro Cluentio c. 53. Legum, inquit, idcirco omnes servi sumus, ut liberi esse possimus.* Distinguenda igitur a libertate est licentia: manifesto ex supra dictis, omne jus humanum in Naturæ statu naturali ratione, & in civitate legibus, circumscribi: ideoque non intelligi libertatem, nisi naturali rationi aut legibus conformem: vereque ac prorsus divine negat Papinianus, facere nos posse ea quæ ab illa, id est, a pudore, pietate, denique a bonis moribus sint aliena *l. 15. D. de condit. instit.* imo quisquis suam potestatem, ut oportet, in Naturæ statu ratione, aut in civitate legibus, finit: is (utar verbis Senecæ *Epist. 90*) tantum, quantum vult, potest: quia se, nisi quod debet, non putat posse. Hoc modo Cicero *Paradoxis.* Verba Ciceronis. *Dictum est igitur ab eruditissimis viris, nisi sapientem, liberum esse neminem. quid est enim libertas? potestas vivendi, ut velis. quis igitur vivit, ut vult, nisi profecto qui recta sequitur, qui gaudet officio? cui vivendi via considerata atque provisa est: qui legibus quidem non propter metum paret, sed eas sequitur atque colit: quia id salutare maxime esse judicat, qui nihil dicit, nihil facit, nihil cogitat denique nisi liber ac libere. cujus omnia consilia, reque omnes quas gerit, ab ipso proficiunt, eodemque referuntur, nec est ullares quæ plus apud eum polleat, quam ejus voluntas atque judicium.* Ut rem in pauca conferam: libertas cujusque qui se hominem dici velit, est jus cujusque naturale, sive cujusque naturalis facultas; id est, facultas quam quisque habet a Natura humana: jubente, omnes uniuscujusque actiones in naturæ quidem statu intra naturalem rationem, in

civitate vero intra leges ejus, consistere. Ita possint hæc definitionis verba, *Nisi si quid vi aut jure prohibetur*, pro iisdem accipi: pari modo, quo tutela dicitur *vis ac potestas l. 1. D. de tutelis*. Sed clare Persius *Satir. 5. vers. 88.*

*Vindicta postquam meus a Praetore recessi,
Cur mihi non liceat, jussit quodcunque voluntas,
Excepto si quid Masuri Rubrica vetavit?*

id est, excepto, si quid jure & legibus vetetur.

Servitus Florentino est constitutio juris gentium qua quis dominio alieno contra naturam subjicitur *l. 4. §. 1. h. t.* Florentinus constitutionem dicit pro constituto: quomodo Paulus *l. 31. §. 1. D. de adq. rer. dom.* thesaurum dicit veterem pecuniæ depositionem, pro pecunia antiquitus deposita. Cum vero addit, qua quis dominio alieno contra naturam subjicitur; primævum Naturæ statum intelligit. adeo enim non est inventa contra jus naturæ servitus, ut sit naturali ratione introducta ad mutuam domini & servi utilitatem: cum interesset utriusque, bello victum servari potius, quam occidi. non est igitur comparata eo pacto servitus contra jus naturæ; sed contra primævum naturæ statum: quo omnes homines erant liberi; non ut semper essent tales; sed donec eis expediret, servos fieri. Hoc sensu Florentinus *d. l. 4. §. 2.* ait, servos appellatos ex eo: quod Imperatores captivos vendere, ac per hoc servare, nec occidere solent. quod & Isidorus confirmat *lib. 9. Origin. c. 4. pag. 1052.* & ante utrumque Horatius, *lib. 1. Epist. 16.* Florentinus *d. l. 4. §. 3.* addit, mancipia dicta: quod ab hostibus manu capiantur. Idemque Varro docet *lib. 5. De ling. Latin.* dicit autem, manu, pro vi: ut in hoc Plauti, *Capteiv. 2. 1. Perque conservitium commune quod hostica evenit manu.* Et ibidem *2. 2. Tam mihi quam illi libertatem hostilis eripuit manus.* Sequitur, ut videamus modos, quibus fiant servi. ait autem Marcianus *l. 5. §. 1. h. t.* eos in dominium nostrum redigi aut jure civili aut gentium. primum ait, jure civili: & ponit exemplum, Si quis major viginti annis ad pretium participandum venire se passus est. Quod verum est; si fiat, emptore ignorante *l. 7. §. 2. D. de liberali causa.* Nec tamen vel sic est sine difficultate: quia sunt certi modi quibus jure civili constituitur & finitur servitus, interque eos non est conventio *l. 37. D. §. l. 6. §. l. 10. C. eod. tit.* At ita est; nisi si quis major viginti annis passus sit se venumdari, pretii participandi gratia: nam is tum servus fit, non quasi conventionem servitus introducat jure civili: sed in pœnam, quasi is qui sivit, libertatem suam taxari certo pretio, ejus participandi gratia, atque in injuriam tertii, propter animi vilitatem fraudemque, numquam liber fuisse videatur. sic puto; potestque hæc mea interpretatio illustrari sequentibus exemplis servitutis jure civili introductæ, apud Ciceronem *Pro Cæcina.* *jam populus cum eum vendidit, qui miles factus non est, non adimit ei libertatem: sed judicat, non esse eum liberum, qui ut liber sit, adire periculum noluit, cum autem incensum vendit, hoc judicat; cum is qui in servitute justa fuerit, censu liberetur, eum qui cum liber esset, censeri noluerit, ipsum sibi libertatem abjudicasse.* Mutato tamen statu militiæ, recessum a capitis pœna est: quia plerumque voluntario milite numeri supplentur: auctore Menandro *l. 4. §. 10. D. de re militari.*

At non tantum jure civili fiunt servi; sed etiam jure gentium. exemplum unum Marciano in his qui ab hostibus capiuntur *d. l. 5. §. 1. h. t.* sunt autem hostes, ut Ulpianus definit, quibus bellum pu-

blice Populus Romanus decrevit, vel ipsi Populo Romano. cæteri, inquit, latrones aut prædones appellantur. & ideo qui a latronibus captus est; servus latronum non est, nec postliminium ei necessarium est. ab hostibus autem captus, puta a Germanis aut Parthis, & servus est hostium, & postliminio statum pristinum recuperat *l. 24. D. de captivis.* Quid, si quis captus sit civili bello? aliud censet Ulpianus *l. 21. §. 1. D. d. t.* quia ratione? quia civile bellum proprie non est bellum: sed civilis dissensio, nam verum bellum inter hostes geritur hostili odio ad internecionem reipublicæ: contra in civili bello, etsi per id sæpe noceatur reipublicæ, pars utraque vult, eam salvam esse: tantum dissentiunt de modo servandi. non igitur sunt hostes, sed manent cives; nec locum habent jura captivitatum. Sic Ulpianus: etiam Cicero, *Pro Ligario:* verba ejus. *Secessionem tu illam existimavisti, Cæsar, initio, non bellum, non hostile odium: sed civile dissidium, utriusque cupientibus rempublicam salvam: sed partim consiliis, partim studiis a communi utilitate abentibus.* Idem *Catilin. 3.* *Civiles dissensiones erant hujusmodi quæ non ad defendendam, sed commutandam rempublicam pertinerent.* Alterum exemplum eorum qui jure gentium fiunt servi, ait Marcianus *d. l. 5. §. 1. h. t.* esse in his qui ex ancillis nostris nascuntur. puto, quia quilibet est ancillæ dominus, is est dominus partium ejus: igitur est dominus fœtus cum visceribus ancillæ coherens: nam est pars ejus fœtus. sic ante nativitatem. idem post eam: quia hac nihil incidit, cur desineret esse domini cujus ante fuit.

Illud quale est, quod Marcianus *l. 5. h. t.* scribit, servorum unam esse conditionem: liberorum autem hominum quosdam ingenuos esse, quosdam libertinos. Mihi videtur velle, non referre, quemadmodum fiant servi, utrum nascantur, an fiant: omnes enim quatenus ad rempublicam attinet, uno nomine servos appellati: cum in liberis hominibus non sit idem. nam hos, si liberi nascantur, ingenuos; si liberi fiant, libertos dici. Hoc egit Marcianus. alioquin oportet, & quod de servis dicitur, aliquo temperari modo: primum enim servos in magna familia differre officiis; alios esse lautiores, alios minus; omnes tamen servos, commode observat Cicero, *Paradox. Quod sapient. liberi & stulti. serv.* Imo nec sic omnes sunt uniusmodi. est enim alius absolute servus, alius adscriptitius, qui & agricola, & colonus, & censitus, appellatur: agricola quidem (ut hoc addam) dicitur, quatenus agrum colit, & in hunc finem glebæ est adscriptus. colonus vero dicitur; cum aliquam domino quotannis dat fructuum portionem, exemplo coloni partiarii. quod si domino quotannis solvat certam pecuniæ pensionem, aut certam partem fructuum; censitus vocatur, etiam inquilinus. Hic igitur adscriptitius est quodammodo mixtus ex libero & servo. nam quatenus cum gleba cui adscriptus est, comparatur, in servorum numero habetur *l. 21. C. de agricolis & censitis lib. xi. tit. 47. & l. 2. C. In quibus caus. col. cens. dom. accus. poss. lib. xi. tit. 49.* alias a servis distinguitur *l. ult. C. de transact.* atque hinc, si consentiat dominus, non arcetur a munere Clericorum *l. 16. C. de Episcop. & Cleric.* quamquam aliud in servis observatur *l. 37. §. 1. C. eod. tit.* Eadem ratione non adimitur eis, propter suam suorumve injuriam, accusandi licentia *d. l. 2. C. In quib. caus. col. censiti:* etsi aliud sit in servis aliis *l. pen. C. de his qui accusar.* non est igitur omnino servus, nec omnino liber, sed inter utrumque medius. Dixi pauca. plura dedit, & ma-

& magna diligentia, V. Cl. Jacobus Gothofredus, *Paratit. ad Tit. 9. Coll. Theod. De fugitiv. colon. & serv. lib. 5. tom. 1. p. 450. & seqq.*

A servis transeo ad liberos. hi Marciano *d. l. 5.* aut ingenui sunt aut libertini. ingenuus dicitur ab ingenio: quod naturam denotat apud Nonium. inde ingenuus qui nullo premitur servitutis vinculo; nativa fruens libertate. Hoc modo ingenuus Horatio *lib. 1. Serm. sat. 6.* est; libero patre natus. pariterque apud Livium *lib. 10. c. 8.* Decius Mus *patricios*, inquit, *primo esse factos*; non de caelo demissos, sed qui patrem ciere possent: id est, nihil ultra quam ingenuos. In quibusdam quidem editionibus est, *patrem avumque*: sed in veteribus libris non reperiri hoc, *avumque*, jam observavit V. Cl. Johannes Fredericus Gronovius: eoque inducendum videri etiam sibi, familiariter mihi nuper significavit amicus meus, Johannes Barbeyracus, Vir Eximius. Postea mutatus est usus nominis: eoque recte Justinianus, *pr. Inst. De ingenuis*, Ingenuus, inquit, est qui statim ut natus est, liber est; sive ex duobus ingenuis matrimonio editus est; sive ex libertinis duobus, sive ex altero libertino & altero ingenuo. sed & si quis ex matre nascitur libera, patre vero servo, ingenuus nihilominus nascitur: quemadmodum qui ex matre libera & incerto patre natus est, quoniam vulgo conceptus est. sufficit autem, liberam fuisse matrem eo tempore quo nascitur, licet ancilla conceperit. & e contrario si libera conceperit, deinde ancilla facta pariat; placuit, eum qui nascitur, liberum nasci: quia non debuit calamitas matris nocere ei qui in ventre est. Ex his illud quaesitum est, si ancilla praegnans manumissa sit, deinde ancilla postea pepererit, liberum, an servum pariat? & Marcianus probat, liberum nasci: sufficit enim ei qui in utero est, liberam matrem vel medio tempore habuisse (ut liber nascatur.) quod & verum est. Sic Justinianus. locus autem Marciani quem allegat, est in *l. 5. §. 3. b. t.* atque imperfectus: sed jam restitutus a Ravardo *lib. 5. Varior. c. 13.* Praeter hunc qui ingenuus nascitur, sunt alii qui ingenui fiunt jure civili. hoc modo Ulpianus *l. 25. b. t.* ait, Ingenuum accipere debemus etiam eum de quo sententia lata est, quamvis fuerit libertinus. & addit pro ratione: quia res judicata pro veritate habetur. maxime autem id obtinet; si, iusto contradicte, ingenuus pronuntiatus est. alioquin perinde inefficax est decretum, atque si nulla judicata res intervenisset *l. 3. D. de collus. deteg.* ea ratione si libertus alterius, alio agente, ingenuus pronuntiatus esse diceretur, sine ulla exceptione temporis, patronus ejus cognitionem solet exercere *l. 1. D. Si ingen. ess. dicit.* amplius cum est iustus contradictor; adhuc oportet hoc iudicium sine collusione esse actum. & est unicuique qui velit, ius ad eam detegendam venire intra quinquennium: hoc effectu, ut, si servus fuerit qui ingenuus pronuntiatus sit, fiat servus ejus a quo detectus est: si fuerit libertus, fiat ejus libertus *l. 1. l. 4. §. l. 2. D. de collus. deteg.* Est & alius modus accipiendae jure civili ingenuitatis, impetrato a Principe jure auctorum annulorum, aut impetrata restitutione natalium: sed de his infra *lib. 40. proprio tit. 10. §. xi.*

Libertini sunt, ut Gajus definit, qui ex iusta servitute manumissi sunt *l. 6. b. t.* Cum dicit iustam servitutem, intelligit legitimam: quomodo iusta libertas *§. 3. Inst. de libert.* est legitima: & testamentum est, voluntatis nostrae iusta sententia *l. 1. D. Qui testam. fac. poss.* idcirco autem Gajus addit, *Noodt Operum Tomus 11.*

ex iusta servitute: quia si quis ingenuus natus, in servitute fuit; non officit ei, in servitute fuisse; & postea manumissum esse *§. 1. Inst. De ingenuis.* aliud est enim in servitute esse; aliud servum esse: sicut aliud est, in libertate esse; aliud liberum esse. ut autem libertus quis sit; non sufficit, in servitute fuisse; sed servum fuisse oportet, id est, de iusta servitute manumissum. Manumissio porro est de manu & potestate demissio. nam quamdiu quis in servitute est, manui ac potestati suppositus est: & manumissus liberatur a potestate *pr. Inst. de libertin.* ait autem Justinianus *§. 1. d. 1.* quod multis modis manumissio procedit: & praefatur, quod aut sit ex sacris Constitutionibus in sacrosanctis ecclesiis; aut vindicta, aut inter amicos, aut per epistolam, aut per testamentum, aut per aliam quamlibet ultimam voluntatem. sed & aliis multis modis, inquit, libertas competere potest, quae tam ex veteribus, quam ex nostris Constitutionibus introducti sunt. nec male. Interim redeunt omnes ad duos summos. est enim alia manumissio iusta, id est, sollemnis, sive civilis; alia naturalis, sive injusta. iusta fiebat tribus modis: censu, sed iustitiae, item vindicta, & testamento. testis Cicero *Topici*, & Ulpianus *Fragm. tit. 1.* Constantinus addidit quartum: qui est manumissio in sacrosanctis ecclesiis *l. 1. §. 2. C. de his qui in eccles. man.* injusta sive naturalis manumissio solo jure gentium fit qualicumque domini voluntate, sine sollemnitate juris civilis: verbi gratia, inter amicos, aut per epistolam. Utrumque modum, & utriusque discrimen, inter alios observat Tacitus *lib. 13. Annal. c. 27.* & ibi in Notis Justus Lipsius: sed plenius Fragmentum Veteris Jurisconsulti a P. Pithæo positum post Notas ejus ad Collationem legum Moisaicarum & Romanarum. Summa est: quod iusta manumissione, vindicta, verbi gratia, manumissus servus accipiebat libertatem iustam; & fiebat civis Romanus, sicut erat manumissor; eoque non poterat ejus poenitentia deinde revocari in servitutem. quod si domini voluntate, sine forma juris civilis, esset manumissus jure gentium, ut inter amicos, neque civis Romanus, neque liber fiebat: nisi esset novo beneficio, per vindictam, verbi gratia, rursus manumissus. interim non dicebatur liber, sed domini voluntate in libertate inorari; poteratque a domino, quem poeniteret datae libertatis, in servitutem revocari jure civili. quod cum iniquum esset, interveniebat Praetor Edicto: vetans, manumissum servire; id est, a domino, praetextu juris civilis, retrahi in servitutem: etsi non impediret, eum manumissos omnia, tamquam servum, adquirere. Hoc obtinuit usque ad Principatum Tiberii: sub quo lata Lex Junia Norbana. M. Junio Silano & L. Norbano Coll. talem manumissum vocavit Latinum Junianum ad similitudinem antiquae Latinitatis quae in colonias missa est *l. unie. C. de Lat. lib. toll.* deditque ei, dum vivit, proprietatem, id est, perpetuam, libertatem: quamquam, ut moriens haberet exitum servi: domino ejus bona jure peculii occupante: teste Justiniano *§. ult. Inst. De success. libert.* Sic habemus duas libertotum species; Cives Romanos & Latinos Junianos. imo tres: nam in *§. ult. Inst. de libertinis* Lex Aelia Sentia, auctore Augusto, (nam huic eam imputat Suetonius *Augusto c. 40.*) etiam fecit Dedititios; de quibus ita Ulpianus, *Fragm. tit. 1. §. 8. Dedititiorum numero sunt qui poena causa vincli sunt a domino: quibus vestigia scripta fuerunt: qui propter noxam torti; nocentesque inventi sunt: quive tradi-*

ti sunt, ut ferro aut cum bestiis depugnarent: vel in custodiam conjecti fuerunt: deinde quoquo modo manumissi sunt: idque Lex Ælia Sentia facit. Sic Ulpianus: & ante Gajus lib. 1. Inst. tit. 2. Erat vero (ut Justinianus ait d. §. ult. Inst. de libertin.) Dedititiorum pessima conditio. nam cum justo modo manumissi servi, utique a civibus Romanis quorum erant ex jure Quiritium, haberent justam libertatem, & essent Cives; (modo manumissi vindicta non essent minores triginta annorum, aut alioquin apud Consilium causa manumissionis esset probata, ut ex Lege Ælia Sentia observat Ulpianus d. tit. 1. §. 9, Latini autem Juniani non haberent quidem jus civitatis, sed minorem libertatem, & insuper spem fore, ut civitatem certis acciperent modis, enumeratis ab Ulpiano tit. 3: contra Dedititii (quod docet Gajus lib. 1. Inst. tit. 2, & ante Suetonius d. c. 40) ad civitatem numquam poterant aspirare. at hæc mutat Justinianus d. §. 3: volens, esse unam & simplicem libertatem, sicut ab initio fuit: sublata omni libertorum differentia duabus Constitutionibus; quæ sunt in l. unic.

C. de deditit. libert. toll. & l. unic. C. de Latin. libert. toll.

Porro liberi homines alii sunt cives, alii peregrini. hi habent quæ juris gentium sunt; quæ juris civilis sunt, non habent l. 17. §. 1. D. de pœnis. l. 15. D. de interd. & releg. illi & jure gentium & jure civili fruuntur. de quibus erudite Carolus Sigonius, De antiq. jur. civ. Cæterum Ulpianus l. 17. h. t. In orbe, inquit, Romano qui sunt, ex Constitutione Imperatoris Antonini cives Romani effecti sunt. Quis autem sit ille Antoninus, dubitatur. Justinianus Novell. 78. c. ult. putat, esse Antoninum Pium. sed mihi videtur Justinianus in re facti esse quid humani passus. id ei accidit etiam alibi; & jam lib. 1. De usufructu c. 21, a me notatum ex Fragmentis Dionis, editis a Valesio, auctorem hujus Constitutionis fuisse Antoninum Caracallam. Possint plura adferri ad usum ejus Constitutionis pertinentia: nisi ea pridem tractasset Ezechiel Spanhemius, Vir Amplissimus, eximio Opere quod inscripsit Orbem Romanum, & nuper carissimus meus Collega, ac cognatus, Antonius Schultingius, V. Gl. ad Pandectas h. t.

TITULUS VI.

De his qui sui vel alieni juris sunt.

DE jure personarum alia divisio sequitur, nam (ut Gajus ait l. 1. h. t.) quædam personæ sui juris sunt, quædam alieno juri subjectæ sunt. suadet autem Gajus, videri de his quæ sint alieno juri subjectæ: præfatus, si cognoverimus, quæ istæ personæ sint, simul intelligi, quæ sui juris sint. Gajum igitur sequentes ducem, dispiciamus de his quæ in aliena potestate sunt. sic in fit §. 1. d. l. 1. In potestate sunt servi dominorum. quæ quidem potestas juris gentium est: nam apud omnes peræque gentes animadvertere possumus, dominis in servos vita necisque potestatem fuisse: & quodcumque per servum acquiritur, id domino acquiritur. Cum ait, domini potestatem esse juris gentium; significat, esse relictam in simplicitate juris gentium: non accepisse a jure civili formam novam: ideoque tam peregrinis competere, quam civibus Romanis, sicut cætera quæ juris gentium appellantur l. 17. §. 1. D. de pœnis & l. 15. D. de interd. & releg. Effecta hujus potestatis esse duo ait d. loco Gajus: unum, quod domino acquiritur quodcumque acquiritur per servum, acquiritur autem & invito & ignorantem: quod ipse servus qui in alterius potestate est, nihil suum habere potest §. 3. Inst. Per qu. pers. cuiq. adq. usque adeo, ut ne momento quidem sublestat in persona ejus l. 79. D. de adq. her. hac ratione non dicimus servi bona, sed peculium; idque uniusmodi, profectum quippe ex re & substantia domini: cujus proinde dominium est; cum servi administratio sit domino volente. Alter dominicæ potestatis effectus est jus vitæ & necis. ita dominus, si occidat servum suum, non est reus legis Corneliæ de sicariis: usus jure suo adversus eum qui pro nullo habetur l. 32. D. de reg. jur. magis bestiis, quam hominibus, assimilatus l. 2. §. 2. D. Ad leg. Aquil. clare Juvenalis, Sat. 6. vers. 218.

Pone crucem servo. meruit quo crimine servus

Supplicium? quis testis adest, quis detulit? audi.

Nulla unquam de morte hominis cunctatio longa est.

O demens! ita servus homo est?

Sic jure civili: non æque ratione naturali. hac omnes homines æquales sunt d. l. 32. inde de servis Florus lib. 3. c. 20. Etsi per fortunam in omnia obnoxii, tamen quasi secundum genus hominum sunt. Et pulchre Cato, De moribus lib. 4. Distich. 44.

Cum servos fueris proprios mercatus in usus,

Ut servos dicas, homines tamen esse memento.

Tandem æquitati naturali etiam civilis accessit auctoritas. Gajum audi d. l. 1. §. 2. h. t. Sed hoc tempore nullis hominibus, qui sub imperio Romano sunt, licet supra modum, & sine causa legibus cognita in servos suos sævire. nam ex Constitutione D. vi Antonini, qui sine causa servum suum occiderit, non minus puniri jubetur, quam qui alienum servum occiderit. sed & major asperitas dominorum ejusdem Principis Constitutione coercetur. Sic Gajus, sed prudenter accipiendus, nam hic evenit, quod sæpius; ut in usum revocans, aut confirmans, ampliansve, ab aliis inventum, ejus auctor dicatur. Utique ante D. Pium (nam is Gajo D. Antoninus dicitur) Seneca lib. 3. De benefic. c. 21, De injuriis, inquit, dominorum in servos qui audiat, positus est: qui sævitiam & libidinem, & in præbendis ad victum necessariis avaritiam compefcat. Lipsius ab Augusto id factum putat, & indicari Præfectum Urbi: forte causam præbente crudelitate Vedii Pollionis cujus idem meminit Seneca, lib. 1. D. clement. c. 18, & lib. 3. De ira c. 40. Successit deinde Lex Petronia, & Senatusconsultum ad eam factum: prohibens sub certa pœna; ne domini servos sine Judice dent ad bestias: ut docet Modestinus l. 11. §. 1. & 2. D. Ad leg. Corn. de sicar. quamquam pœnam, si contra fiat, non exprimit. Postea Hadrianus (apud Spartianum, in ejus vita c. 18.) Servos a dominis occidi vetuit, eosque jussit damnari per judices, si digni essent. Lenoni & lanista vendi vetuit, causa non præstita. Sed, ut dixi, hæc confirmavit & ampliavit D. Pius; nominatim cavens, ut in d. l. 1. §. 1. ait Gajus; ut qui sine causa servum suum occiderit, non minus puniatur, quam qui alienum servum occiderit. is vero punitur lege Cornelia de sicariis: quæ persequitur eum qui hominem occiderit, non facta

facta hominis distinctione l. 1. §. 2. D. Ad leg. Corn. de sicar. tenetur igitur hac lege etiam dominus, servum suum occidens, utique, si occiderit sine causa. quid, si ex causa occiderit: pone, deprehensum in facinore, verbi gratia, in adulterio, merentem occidit, ideoque impune. Sic Marcellus l. 96. D. de verb. oblig. & Ulpianus l. 53. §. 3. D. de legat. lib. 1. quod si cum non deprehenderit in adulterio, sed habeat ejus suspectum: ait Ulpianus l. 1. §. 5. D. de offic. Præf. Urbi, apud Præfectum Urbi esse audiendum. Gajus in Fragm. Instit. lib. 1. tit. 5. Si, inquit, servus dignum morte crimen admisit, iis iudicibus quibus publici officii potestas commissa est, tradendus est, ut pro suo crimine puniatur. Id vero D. Marco deberi, Ulpianus lib. 3. De adulteriis refert l. 5. D. de accusat. Non omnia dixi. nam (si audimus Gajum d. l. 1. §. 1. h. t.) non substitit intra eadem D. Pius: & major asperitas dominorum ejusdem Principis Constitutione coercetur. extat ea l. 2. h. t. sed quia longior, non apponam. Relicta igitur dominis a D. Pio est modica servorum castigatio. ut tamen, si pro modo culpæ cæsi, casu moriantur, domino impune sit, teste in Fragm. Gajo d. lib. 1. tit. 5. & Paulo tit. 3. Collat. leg. Mos. & Rom. quibus novissime accedit Constantinus l. unic. C. de emend. serv. Ne hoc quidem præterire me oportet; quod si servus ob intolerabilem domini sævitiam, fugerit ad statum Principis, ubi jus azyli fuisse ad eas fugientibus, constat; D. Pius Rescripto ad relationem Ælii Marciani, Proconsulis Bæticæ, iussit, servum vendi bonis conditionibus, ita ne umquam in ejus potestate revertatur. non poterat sic jus dici ab Ælio Marciano sine mandato Principis. ex eo id fieri poterat extra ordinem. sed hoc Theophilus observavit; nec minus, voluisse D. Pium, servum ita vendi, ut dominus pretium habeat, & servus bonis conditionibus vendatur: quo utrique ex æquo & bono, nulla alterius injuria, prospiciatur. Bonas porro conditiones Theophilus interpretatur, non graves: & graves contra; quibus conveniatur, ut servus compeditus serviat; ne manumittatur; utve sit in regione gravis & immitis cæli.

Mitto dominicam potestatem. Venio ad patriam. in qua (ut Gajus ait l. 3. h. t.) sunt liberi nostri quos ex justis nuptiis procreaverimus. addit Gajus, quod hoc jus proprium civium Romanorum est. Est igitur patria potestas ex his quæ juris civilis appellantur. ut enim originem habeat a jure gentium, novam formam accepit a jure civili. Hoc sensu Justinianus §. 2. Inst. de patr. pot. Jus potestatis, inquit, quod in liberos habemus, proprium est civium Romanorum. nulli enim alii sunt homines qui talem in liberos habent potestatem, qualem nos habemus. Illud quale est, quod Ulpianus l. 8. h. t. jus patriæ potestatis imputat moribus. nam Dionysius lib. 2. Rom. antiq. refert, eam deberi legi Romuli. ab eaque sententia etiam stat Papinianus, Collat. leg. Mosaic. & Rom. tit. iv: dicens, vitæ & necis potestatem patri esse concessam Lege Regia. Sed quid novum, Leges appellari mores; & moribus censeretur profectum a Lege Duodecim Tabularum aut alia? demonstravi hoc lib. 1. Probabil. c. xi. Nunc potestatem ipsam considerabo. Fuit ea summa: atque inde patria majestas apud Valerium Maximum lib. 7. c. 7 §. 5. verissime dicitur: ait enim Dionysius, Romulum patri in filium dedisse jus non modo coercendi, verberandique, & in rusticis operibus habendi filium; sed etiam occidendi. fitque hujus juris mentio l. 11. D. de liber. & posth. l. ult. C. de patr. pot. & est hæc causa, cur in lege Pompeja de

De his qui sui vel alieni juris sunt.

19

parricidiis fiat mentio matris filium occidentis, non patris l. 1. D. de leg. Pompej. de parricid. Præterea ait Dionysius, patrem habuisse jus filium vendendi ter, antequam fieret ab eo liber. Ego addam, quod pater potuit etiam filium noxæ dedere ob delictum: & sunt exempla l. 33. & 34. D. de nox. act. Non minus potuit pater filium exheredare vel immerentem: sinente latitudine verborum Legis Duodecim Tabularum, Uti legassit, ita jure esto: nec mirum; quippe cum pater filium etiam posset occidere d. l. 11. D. de liber. & posth. quod si eum heredem institueret, aut relinqueret ex lege: erat patri heres suus & necessarius §. 2. Inst. de hered. qual. & differ. nisi pater eum institueret sub conditione, Si volet l. 12. D. de cond. instit. Insuper debetur patriæ potestati; quod filius familias nihil acquirebat sibi; sed omnia acquirebat patri. ita non habebat bona, sed peculium, idque solum profectitium: cujus proprietas erat patris, administratio filii: patre permittente. Erat igitur tanta patris in filium potestas, quanta erat domini in servum. imo major: nam cum servus semel venditus aut manumissus, a domino esset liber: filius, nisi ter venditus, terque manumissus, non erat a patre liber. Non minus notandum esse, putavit Dionysius, hanc potestatem patri competuisse non ad tempus certum, sed in perpetuum, ac sine discrimine, utrum privatus esset filius, an in dignitate etiam summa constitutus. illud confirmatur l. 8. h. t. hoc l. 1. §. 3. D. de Senatusc. Macedon. Unam tamen exceptionem ad Romuli legem adfert Dionysius, ex instituto Numæ Pompilii; Ne pater habeat jus vendendi filium, qui ejus consensu uxorem duxerit. Vidimus patriam potestatem, & immanem. quæris, qua ratione placuerit tanta? triplex est. prima: quod pater ad tollendos liberos invitandus esse privilegio tantæ potestatis credebatur: educatione incertam adiuturus aleam. altera causa erat, quod filius putabatur egere Magistratu quodam domestico. tertia causa erat, quod ea potestas nihil periculi habere videretur: procuratura pietate naturali, ne durior esset pater; magis factura, ut foret lenior. indicat has Seneca lib. 3. De benefico. c. xi. Putemus igitur, patri datam esse potestatem tantam: non ut perderet filium pater; sed ut servaret, cæterum comperto experimentis, patris judicium sæpe corrumpi non vercalibus delinimentis, & instigationibus malorum hominum; fuit rationis, infinitam illam potestatem justo temperari modo. factumque id, non una lege, neque uno tempore, sed paulatim, ut solet, moribus. Initium sumam a jure vitæ & necis. id in totum sublatum. ideoque hodie parricidii reus est pater, filium suum dolo malo occidens, ex Constitutione Constantini l. unic. C. de his qui parent. vel liber. ante hanc Constitutionem, quidquid dicatur, non ita fuit: nulla certe mihi succurrit lex qua jus vitæ & necis patri erga suum filium palam prohibeatur, posita aut parricidii aut etiam homicidii pœna; si contra faceret. utique mihi persuadeo, adhuc obtinuisse tempore Papiniani, ipso præsertim præeunte sequentibus verbis ex Tit. iv. Collat. leg. Mosaic. & Rom. Cum patri Lex Regia dederit in filiam vitæ necisque potestatem, quod bonum fuit lege comprehendere, ut potestas fieret etiam filiam occidendi, vellem mihi rescribere. Respondit. Numquid ex contrario præstat nobis argumentum hac adjectio: ut non videatur Lex non habenti dedisse, ut videatur majore equitate ductus adulterum occidisse, cum nec filia pepercerit. Obscura verba sunt: sed sensustalis, Legem Juliam de adulteriis non tam patri in filiam dedisse jus necis, quam patri im-

posuisse necessitatem filiam occidendi, si velit occidere adulterum cum ea deprehensum, & recte animadvertit V. CL. P. Pithæus, expendentibus Legis Juliæ verba, eam hoc agere maxime, ut pater possit adulterum impune occidere: sed adjicere pro temperamento nimii caloris, modo filiam occidat in continenti. itaque ait, Legem non tam dare patri jus occidendi filiam cum adultero, quam magis jus occidendi adulterum cum filia l. 20. D. Ad leg. Jul. de adult. quasi filia ipsa (sic loquitur) sit magis in conditione, quam in dispositione. At enim turbat hoc Marciani l. 5. D. de lege Pompeja de parricidiis. Divus Hadrianus fertur, cum in venatione filium suum quidam necaverat qui novercam adulterabat, in insulam eum deportasse: quod latronis magis, quam patris jure eum interfecit. nam patria potestas in pietate debet, non in atrocitate consistere. Sed non puto, turbare, non enim adducitur a Marciano generalis Hadriani Constitutio de pœna patris, filium occidentis: sed personale decretum ejus Imperatoris, patri homicidii pœnam jure singulari irrogantis: ideoque (quod monet commodè Ulpianus l. 1. §. 2. D. de Constit. Princip.) non trahendum ad exemplum. intererit, hoc demonstrasse: quia non est vulgatæ eruditionis. Primum igitur notandum: quod in proposito pater filium non occidit domi, causa cognita: (ut solere patres pios, adhibitis in consilium propinquis & amicis, de capite filiorum cognoscere, egregiis exemplis accepi a Valerio Maximo lib. 5. c. 8. & 9, item a Seneca lib. 1. De clementia c. 15, & Quintiliano Declam. 3.) sed filium occidit in venatione per insidias, quæ sita solitudine in silvis, ut solent latrones. deinde noto: quod non Magistratus patrem condemnavit ob hanc filii cædem: sed Princeps. nempe, non poterat Magistratus patrem qui filium occiderat, condemnare aut lege Cornelia, aut lege Pompeja: quibus ob cædem filii, quantumvis atrocem, non tenebatur, suo usus jure. at quod non poterat Magistratus, alligatus legibus, potuit facere Princeps, legibus solutus: suadente ratione, ut ut deficeret lex scripta l. 1. C. de legibus. putavit vero is Princeps, patrem qui filium occidit in silva per insidias, quæ sita venatione, latronis magis, quam patris, jure eum interfecisse. sic loquitur Marcianus: & quod ipse vocat *jus latronis*, Ulpiano l. 3. §. 7. D. de sepulchro violato, est, *mos latronis*. sic mihi videtur; & hoc jure, apud Marcianum, non sonare recte factum: sed valete convenienter vitæ latronis, seu finem quem sibi proposuit latro, confirmat me in hac sententia hoc Persii sat. 3. vers. 48.

Jure: etenim id summum, quid dexter senio ferret,

Scire erat in votis.

Sic certe jure interpretatur ibi Casaubonus in Notis p. 119, quas videri suadeam: quia sunt eruditæ. Interim liceat mihi eodem modo accipere aptud Lucanum lib. 1. vers. 2. hoc,

— — — Jusque datum sceleri tantum.

Sed redeo ad Marcianum. ait, Principem credidisse, patrem qui filium occidit in venatione per insidias, non egisse pro patre; sed more & fine latronis: oportere autem patriam potestatem non atrocitate, id est, scelere & crudelitate, sed pietate æstimari. Valerius Maximus d. c. 9. lib. 5 de L. Gellio (qui gravissima crimina de filio, cum noverca admissum stuprum, & parricidium cogitatum, propemodum explorata habens, non, ut

ille pater, ad vindictam procurrat solus, sed penè universo Senatu adhibito in consilium, expositis suspicionibus, defendendi se adolescenti potestatem dedit, inspectaque diligentissime causa, absolvit eum de consilii, tum etiam sententia sua) sic tandem effatur: *Si ira abstractus, scire festinasset; admisisset magis scelus, quam vindicasset.* Quod fuit judicium Valerii, id fuit Hadriani. judicavit enim, adhuc tum patri competiisse vitæ & necis potestatem in filium: sed eam in proposito non esse exercitam: magis admissum esse latrocinium, vel patri lege Naturæ interdictum, etsi hætenus impunitum jure civili: ideoque ille quod non licebat Magistratui per leges, eum extra ordinem jure summi imperii, legibus soluti, punivit deportatione: quam esse pœnam latronum honestiorum, indicavi lib. 4. Probabilium c. 7, & Diocletiano ac Maximiano c. 1. Quod si est: audeamus, pro certo ponere, patri jus vitæ & necis in filium hoc singulari & extraordinario decreto ab Hadriano non fuisse ademptum; ideoque post eum Principem superfuisset adhuc tempore Papiniani: ut paulo ante ostendi. Verius conjecero, id primum fuisse inflexum Rescripto Imperatoris Alexandri ad Artemidorum: (sive sit nequam ille advocatus, a Præfecto Ægypti perpetuo agere causas prohibitus, ad quem rescriptum ab Antonino est l. 1. C. de postulando, sive alius) verba Alexandri l. 3. C. de patria potestate hæc sunt. *Si filius tuus in potestate tua est, res adquisitas tibi alienare non potuit. Quem si pietatem patri debitam non agnoscit, castigare jure patriæ potestatis non prohiberis: acriore remedio usus, si in pari contumacia perseveraverit; eumque Præsidi provincie oblaturus, dicturo sententiam, quam tu quoque dici volueris.* Quid hic Alexander? Artemidoro quidem relinquit castigationem filii, negligentis patri debitam pietatem: sed si acriore opus sit remedio: jubet, filium a patre offerri Præsidi, dicturo sententiam quam pater dici voluerit. Vetat igitur Alexander, a patre inauditum occidi filium: adversus auditum jubet a Judice pronuntiari sententiam sive mortis sive aliam quam ipse pater dici voluerit. Est vero hoc jus novum, arque eo notabilius: quia non est ex generali Constitutione; sed ex Rescripto ad Libellum Artemidori, hominis privati. Nihilominus, ut est plenum humanitatis, mox usu arreptum ab Ulpiano & Paulo. Siccine? opinor, & huc respicere lib. 2. D. Ad leg. Cornel. de sicar. *Inauditum filium pater occidere non potest, sed accusare eum apud Præfectum Præsidentem debet.* Hanc conjecturam meam juvat Inscriptio, Ulpianus lib. 1. De adulteriis. nam post mortem Severi & Antonini de adulteriis scripsisse Ulpianum, etsi alia sub Severo & Antonino scripsisse non ignoro, fidem mihi facit l. 1. §. 3. D. Ad leg. Juliam de adulteriis, quæ est ex lib. 2. De adulteriis, ac Severum & Antoninum citat; sed Divos; id est, mortuos: eoque facit mihi probabile, in d. l. 2. cogitasse de hoc Alexandri Rescripto Ulpianum: præsertim ipsa re & tenore loci huc exeunte. Ulpiano junxi Paulum: quia ab eo allegari Alexandrum, liquet l. 87. §. 2. & 3. D. de legatis lib. 2, & l. 25. D. de appellat. neque a me impetro; ne ctedam, sic ad liquidum admoventi hæc ejus verba quæ sunt in l. 1. D. de lib. & posth. *Nec obstat, quod licet eos exheredare, quod & occidere licebat.* Nam occidere licebat ante Alexandri Rescriptum: post non licebat. Primus igitur vetuit Alexander, filium

filium a patre occidi inauditum. nec tamen, si contra factum sit: certam posuit poenam qua vellet patrem coerceri. quæ enim apparet in Rescripto: nulla. igitur eo constitutam patri ab Alexandro poenam esse, non existimo. contra mihi persuadeo, in eo esse exemplum legis imperfectæ: solitæ quidem prohibere, sed non punire: cujusmodi leges multas olim fuisse, monui sub Titulo De legibus. Filii autem eadem a patre admissam, primum esse punitam a Constantino *l. unic. C. de his qui parentes vel liberos*, mihi verius videtur. Exposui meo more loca difficillima. Transeo a jure occidendi liberos ad jus vendendi. nam & hoc patri esse ademptum, indicat *l. 1. C. de patr. qui lib. suos distrah.* una exceptio, nisi quis propter nimiam paupertatem egestatemque victus causa filium suamve sanguinolentos vendiderit. sic enim temperavit Constantinus *l. 2. C. eod. tit.* quam curatius explicui, *Julio Paulo, sive de part. expos.* *§. nec. c. v.* Similiter ablatam patri esse noxæ deductionem filiorum & filiarum, testatur Justinianus *§. ult. Inst. de noxal. act.* Quod ad exheredationem attinet, esse & illam coarctatam querela inofficiosi testamenti, opportunius liquebit *lib. v. sub Tit. De inoffic. test.* Non magis placuit, filium patri in cuius potestate sit, esse heredem necessarium, concessio ei a Prætoribus jure abstinendi se ab hereditate: ut dicitur *sub Tit. De adq. hered. lib. xxix.* Postremo esse jam filii familias peculium non unum profectitium, ut olim; sed quadruplex, profectitium, adventitium, castrense, & quasi castrense, veniet dicendi locus *lib. xv.*

Vix scio, an addam: quod filius familias domi quidem est in patris potestate: at in publicis causis pro paterfamilias habetur; veluti, si Magistratum gerat, vel tutor detur *l. 9. h. r.* Satis de vi patriæ potestatis.

Superest, ut differamus, quibus modis ea adquiratur. proponuntur autem duo a Modestino *l. 1. D. de adopt.* unus est natura, alter adoptio. Papi-
nianus *l. 23. D. de lib. & posth.* naturam quæ æstima-
tur justis nuptiis, dicit veritatem; adoptionem
quæ constat fictione juris, vocat imaginem na-
turæ. Nec alio sensu naturales liberi adoptivis
opponuntur, cum apud Suetonium *Tiberio c. 52*,
tum apud Ulpianum *l. 1. §. 2. & ult. D. de suis & legitim.* *§. in Fragm. tit. 8.* Huic observationi ac-
cedit alia: quod *d. l. 1. D. de adopt.* est ex Mode-
stini *lib. 2. Regularum*. sic enim intelligitur: quod
natura & adoptio sunt modi duo Juris Regulis
definiti: quamquam patria potestas alioquin ad-
quiritur etiam beneficio Principis: & est exem-
plum apud Plinium *lib. 10. Epist. 6.* sed hic modus
ad Regulas Juris quibus de agit Modestinus, non
pertinet. ideoque ab eo in *d. l. 1.* non adfertur.
Quod dixi, obtinuit usque ad Constantinum. cæ-
terum inventa ab eo & deinceps Imperatoribus le-
gitimatione, deinde in Institutionibus a Justi-
niano non duo, sed tres, enumerantur modi ad-
quirendæ patriæ potestatis: justæ nuptiæ, legiti-
matio, & adoptio. Primum modum attingit Ga-
jus *l. 3. h. r.* sic scribens: *Item in potestate nostra
sunt liberi nostri quos ex justis nuptiis procreaverimus.*
Plenius Ulpianus *l. 4. Qui*, inquit, *ex me & uxore
mea nascitur, in mea potestate est. item qui ex filio
meo & uxore ejus nascitur, id est, nepos meus & ne-
ptis, æque in mea sunt potestate, & pronepos & pro-
neptis, & deinceps ceteri.* Ita quærentibus, quis in
patris potestate sit, quem filium familias appella-
ri, in *d. l. 4.* ait Ulpianus, fere videndum est,

quis sit filius. definit autem *l. 6. filium*, qui ex viro & uxore ejus nascitur: id est, qui ex ejus uxore nascitur, durante matrimonio: tum enim est uxor. Hoc sensu Paulus *l. 5. D. de in jus vo-
cand.* ait, Patrem esse quem nuptiæ demonstrant. addit, matrem semper esse certam, etiam si vulgo conceperit: optima distinctione. nam potest ma-
ter demonstrari testibus qui adfuerint partui. at pater ex nuptiis præsumitur: quia id honestius est: & res aliter vix extricari potest: hominibus ex-
traneis testimonii gratia, generationi numquam præsentibus. ubi vero natura negat probationem certam & necessariam: rationis est, admitti eam quæ haberi potest. talis est hæc præsumptio: non est ea veritas; sed pro veritate habetur, donec con-
trarium liqueat alicunde. quo casu non est am-
plius præsumptione opus. finge, maritum abfuisse, verbi gratia, per decennium: reversum an-
niculum invenisse in domo sua. placet Ulpiano *d. l. 6. sententia Juliani*: dicentis, hunc non esse mariti filium: clara veritate; filium ab absente non fuisse generatum per epistolam. quid, si cum uxore sua assidue moratus, nolit filium agnoscere quasi non suum? negat Julianus, ferendum: va-
lente contra præsumptione, de qua dixi. Tamen si constet, maritum aliquamdiu cum uxore non concubuisse, infirmitate interveniente vel alia causa; vel si ea valetudine fuit paterfamilias, ut generare non possit: adhuc ait Ulpianus *d. l. 6.* non esse filium qui in domo natus est, licet vicini-
nis scientibus: id est, licet matrimonio contra-
cto, adhibitis vicinis testibus. huc enim exit ea locutio *l. 9. C. de nuptiis*. Intellecto, quomodo probetur pater & filius: jam non est necesse pro-
bari, filium, ut filius familias dicatur, in patris potestate esse. hoc enim præsumitur, cum filii mo-
re & jure civitatis semper sint in patris potestate: nisi dicant, se aliquo modo de ea demissos esse. id vero facti est; & idcirco ab illis demonstan-
dum *l. 8. D. de probation.* Sunt igitur liberi ex viro & ejus uxore quæriti, in patris potestate. mo-
do sint nati septimo mense post contractas nuptias: sic enim jam receptum esse, propter auctori-
tatem doctissimi viri Hippocratis, docet Paulus *l. 12. D. de statu hominum*. nec tamen comple-
tum esse vult mensem septimum; sed inchoatum esse. indistincte enim ait, septimo mense nasci perfectum partum: nec addit pleno. sufficit igitur, partum natum esse septimo mense, etsi non pleno. Arqui, inquires, ipse Paulus *lib. 4. Sentent. tit. 8. §. 5.* contra sic scribit. *Septimo mense natus matri prodest. ratio enim Pythagorei numeri hoc videtur admittere, ut aut septimo pleno, aut decimo mense partus maturior videatur.* Hoc certe argu-
mento credidit Antonius Vacca, vir doctus, Paulum etiam in *d. l. 12.* scripsisse, septimo mense pleno nasci perfectum partum: sed Compilato-
res Pandectarum verbum, *pleno*, ea in lege expunxisse ideo: quod nollet Justinianus, expectari plenum mentem septimum: magis probans contrariam Ulpiani sententiam Rescripto Divi Pii subnixam *l. 3. §. 12. D. de suis & legitim. hered.* Sed quod dixit Vacca ad *d. l. 12.* mihi non sapit; nec est verum. Alia attulit V. Cl. Jacobus Cujacius, *Notis ad Paulum*: sed non magis idonea sunt tollendæ difficultati. Mihi probabile est, levem mendam, hæctenus non deprehensam, novisse Paulo *d. §. 5. tit. 9. lib. 4. Sentent.* nam vo-
culam, *aut*, qua bis utitur Paulus, semel locum mutasse errore Librarii: & esse legendum: *ut*

aut septimo, aut pleno decimo mense partus maturior videatur. Ita sensus elegans & verus, Partum legitimum secundum Hippocratem esse, qui natus mense septimo sive pleno, sive inchoato; aut decimo, etsi pleno. Hoc mihi incidit: & convenit huic Auli Gellii lib. 3. Noct. Attic. c. 16. Sapius numero decimo mense; eumque esse hominem gignendi summum finem, decem menses non inceptos, sed exactos. idque Plautum veterem poetam dicere videmus in comœdia Cistellaria his verbis.

- - - Tum illa quam compresserat,

Decimo post mense exacto hic peperit filiam.

Sane ab Hippocrate dissensisse Paulum, Hippocratis auctoritate utentem in d. l. 12, non putem; si quidem sapiam: & de eo qui centesimo octogesimo secundo die natus sit, id est, initio mensis septimi, Hippocratem scripsisse, & Divum Pium Pontificibus rescripsisse, justotempore videri natum, clare Ulpianus tradit d. l. 3. §. 12. Nec hoc inutile fuerit observatu, quod addit §. 11. precedente d. l. Ulpianus, Post decem menses mortis natum non admitti ad legitimam hereditatem: non esse sic accipiendum; quasi dicat, Sub finem decimi mensis, vel eo exacto in continenti, sed multo serius: ut ex Hippocrate pulchre interpretatur Gellius d. c. 16. Cæterum (nam huc redeo) ut quis sit filiusfamilias; non sufficit, natum esse ex viro & ejus uxore mense septimo: nisi natus sit ex justis nuptiis d. l. 12. & d. l. 3. h. t. nam alioquin neque vir, neque uxor, nec nuptiæ, neque matrimonium, intelligitur. itaque ii, qui ex eo coitu nascuntur, in patris potestate non sunt: sed tales sunt, quantum ad patriam potestatem, quales sunt ii, quos mater vulgo concepit. nam nec hi patrem habere intelliguntur: cum & his pater incertus sit. unde solent spurii appellari, παρὰ τὸν πατέρα, & ἀπάτορες, quasi si sine patre filii §. 12. Inst. de nuptiis: quia ut possint patrem demonstrare, tamen eum habent quem habere non licet l. 23. D. de stat. hom. ideoque non patrem, sed matrem sequuntur l. 19. D. eod. tit. nisi aliud inducit lex specialis l. 24. eod. tit. quæ est Lex Mensia, cujus mentio apud Ulpianum tit. 5; ut in Notis ibi indicat Cujacius. Sunt igitur liberi ex justis nuptiis quæsi, in patris aut avi paterni potestate. at in matris aut avi materni potestate non sunt §. ult. Inst. de patr. potest. l. 196. §. 1. D. de verb. sign. traditumque inde l. 195. §. ult. eod. tit. quod mulier familiæ suæ & caput & finis est. Aliquis putet, hic obstare l. 4. D. de curat. fur. & al. extr. ord. dand. Sed hanc explicui lib. 2. Observ. c. 15.

Secundus modus acquirendæ patriæ potestatis Justiniano §. ult. Inst. de nuptiis est legitimatio, definitur illa, actus quo liberi naturales fiunt legitimi: id est, (ut Marcianus loquitur l. 57. §. 1. D. de ritu nupt.) quo confirmatur status liberorum qui non erant legitimi, perinde ac si legitime nati essent, modo volentes legitimantur: nam invitos legitimari, negat Justinianus Novell. 89. c. 11. Ego addam, ne volentes quidem, nisi naturales sint, legitimari. soli enim nominantur in hac materia tales. sunt vero hi, nati ex concubina cujus matrimonium non est legibus interdictum l. 10. & 11. C. de natur. liber. etsi alioquin spurii, adulterini, incestuosi, non minus sint naturales; eosque Rescripto Divi Marci legitimatos esse, constet d. l. 57. §. 1. sed hoc extra ordinem factum jure summi imperii, non debet trahi ad consequentiam juris ordinarii & novi quo de nunc agimus. quin hi, tamquam indigni, inde repelluntur Novell. 89. c. 1. & c. 15. Modi hujus legitima-

tionis Justiniano duo sunt: unus fit per subsequens matrimonium, alter per oblationem Curia d. §. ult. de nupt. & §. 2. Inst. de hered. qua ab intest. defer. Idem tamen Imperator Novell. 74. c. 2. & Novell. 89. c. 9. & seqq. addit modum tertium, per Rescriptum Principis. Primus legitimandi modus fit per subsequens matrimonium. is inventus a Constantino, ut refert Zeno l. 5. C. de nat. liberis, deinde confirmatus ampliatusque a Justiniano l. 10. & 11. C. eod. tit. item Novell. 74. c. 4. & Novell. 89. c. 8. Fit ea legitimatio; cum pater naturalis concubinam cujus matrimonium non est interdictum, ducit uxorem: sed intervenientibus dotilibus, seu nuptialibus, instrumentis. nam horum mentio fit, ubicumque de hac legitimatione agitur, & promiscue accipiuntur illa verba: ut apparet ex §. 2. Inst. de hered. qua ab intest. defer. d. §. ult. Inst. de nupt. & alibi. Aliquis dicat, nuptias contrahi nudo consensu; tabulasque magis ad probationem, quam ad substantiam, pertinere l. 4. D. de pignorib. Sed hoc leve est. sunt enim aliæ nuptiæ; alia est legitimatio nuptiis subsequentibus facta. nuptiæ possunt contrahi nudo consensu. at contractæ, legitimos faciunt liberos postea nascituros: ante natos non æque; nisi sint perfectæ intervenientibus instrumentis. hoc modo legitimatio non debetur nuptiis; sed legi, nuptiis danti facultatem liberos ante natos retro legitimandi: cum eam per se non haberent. lex porro, nuptiis confirmatura statum liberorum ante natorum, ubique nuptialia seu dotalia instrumenta desiderat; & ut mihi videtur, prudentissime: postquam fuit usu compertum, ex blanditiis amantium per falsos testes sæpe confingi matrimonia de quibus numquam fuerat cogitatum. id malum pertinere ad exemplum, credidit Justinianus Novell. 74. c. 4. pr. ideoque daturus ei remedium, in §. 2. d. c. 4. porro ait, se suspectos habere testes omnes: nec velle, partes intelligi nuptiali convenisse affectu; nisi omnino causa ex literis habeat testimonium; atque his ita gestis, & nuptias & ex eis sobolem demum fore legitimam. tantum in §. 3. d. c. excipit agricolas, milites caligatos, & alios viles atque obscuros: his concedens jus legitimandi per matrimonium, etsi absint instrumenta. Alter modus legitimandi fit per oblationem Curia. is debetur Theodosio l. 3. C. de natur. lib. & meminit Justinianus Novell. 89. c. 2. Est autem Curia, Ordo Decurionum. Plinio lib. 10. Epist. 83. 115. & 116. Senatus municipalis dicitur: sicut Curiales, sive Decuriones l. 33. C. de Decurionib. sunt Senatores municipales. Fit vero hæc legitimatio, ubi pater naturalis filium naturalem offert Curia: id est, ut fiat Decurio; & sit obnoxius nexibus curialibus: vel filiam naturalem offert nuptiis Decurionis. Privilegium indicavi. causam addi, nil opus: quia eam dudum dedere Barnabas Brissonius lib. 4. Select. antiq. c. 13. Janus a Costa, M. Antonius Muretus, ad d. §. ult. alique. Terrius legitimandi modus est per Rescriptum Principis. eum quasi in subsidium invenit Justinianus Novell. 74. c. 2. & Novell. 89. c. 4. tum certe obtinet demum, si pater naturalis non habeat liberos legitimos; & mulier, quacum habuit consuetudinem, sit defuncta; aut matrimonium cum ea impediatur sacerdotio, aut ea peccaverit aliquid circa thorum, ut cum ea honeste contrahi matrimonium nequeat; aut si ipsa non appareat. in his enim casibus permittitur naturali patri, Principem rogare per libellum; ut naturalem

ralem filium faciat legitimum. ac, si ei subscribat Princeps; dicitur filius esse legitimatus per Rescriptum. Idem est: si pater in testamento permiserit, id a filio peti. tum enim est filio jus petendi legitimationem; dum libello annectat patris testamentum *d. c. 2. Novell. 74, & d. c. 4. Novell. 89.* Exposui tres modos legitimationis. Restat effectus. non est idem omnium: nam si per oblationem Curiae, aut per Rescriptum Principis, contingat: habetur quidem legitimatus pro legiti-

mo, sed uni patri, non aliis *l. 9. C. de nat. lib. Novell. 74. c. 2, & Nov. 89. c. 9. & 10.* Quod si fiat per subsequens matrimonium, intervenientibus dotalibus sive nuptialibus instrumentis: longius se exserit vis legitimationis. non enim jam soli patri legitimus fit legitimatus, sed etiam respectu omnium consanguineorum talis habetur *Novell. 12. c. 4,* perinde ac si ab initio legitimus fuisset *Novell. 89. c. 8.*

TITULUS VII.

De Adoptionibus & Emancipationibus & aliis modis quibus patria potestas solvitur.

RELIQUUM est, ut de adoptionibus videamus: nam filios familias (ut in *l. 1. h. t. a Modestino* dictum) non solum natura, sed adoptiones quoque faciunt. Adoptare vero est, adlegere; quando optare est, legere vel eligere: auctore Servio ad hoc Virgilii *lib. 1. vers. 429, Pars optare locum recto: & lib. 3. vers. 109, Optavitque locum regno.* Pari sensu dicitur optio legari; cum electio legatur *l. 2. §. 3. l. 4. & passim sub tit. D. de opt. vel elect. leg.* nec mirum, legere vel eligere dici pro adoptare: ut in hoc Aufonii, in Cæsariis, in Nerva, *l. 3. Nulla viro soboles, imitatur adoptio prolem:*

Quam legisse jure, quam genuisse velit. Apud Vopiscum quoque Aureliano, *c. 14. est: Apud majores nostros ab optimis quibusque in filiorum locum fortissimi viri semper electi sunt, ut vel senescentes familias, vel foetus matrimonii jam caducos substituta fecunditas prolis ornaret.* Sallustius *Bell. jugurth. c. 10. dixit, Liberos sumere.* Igitur A. Gellius, *lib. 5. Noct. Attic. c. 19,* adoptionem definit, quum in alienam familiam, inque liberorum locum extranei sumuntur. Apparet autem, extraneum vocare, omnem qui non sit in familia ac potestate adoptantis. Ea porro adoptio *l. 4. h. t. l. 3. D. de offic. Procons. l. 1. D. de offic. Juridici* vocatur legis actio: in *l. 25. §. 1. h. t.* appellatur solemnitas, estque inde consequens, (quod observat Ulpianus *d. loc. & l. 24. h. t.*) ut neque adoptare, neque arrogare, quis absens, nec per alium, ejusmodi solemnitatem peragere possit. Ab eadem causa adoptio neque diem recipit, neque conditionem: exemplo cæterorum actuum qui legitimi dicuntur *l. 77. D. de reg. jur.* Hoc clare Paulus *l. 34. h. t. Quasitum est, inquit, si tibi filius in adoptionem hac lege sit datus, ut post triennium (puta) eundem mihi in adoptionem des, an actio nulla sit? Et Labeo putat nullam esse actionem: nec enim moribus nostris convenit filium temporalem habere.* Est igitur adoptio legis actio: at non qualis qualis; sed naturam imitans: ut Aufonius ait *d. loc. & Justinianus §. 4. Inst. h. t. Papinianus l. 23. D. de liber. & post. dicit imaginem naturæ.* Gajus *lib. 1. tit. 7. sic exprimit, adoptio est naturæ similitudo: ut aliquis filium habere possit, quem non generavit.* Filium ait Gajus, exempli gratia: nam & filia adoptatur, item nepos & neptis. at in fratrem aut patrum nullius momenti esse adoptionem, traditur *l. 7. C. de hered. instit. & recte: ut enim quis liberos generet; quis fratrem generat aut patrum? nemo. sed hoc observavit olim Harmenopolus, lib. 4. Prompt. tit. 6. Non magis potest minor natu majorem adoptare, aut æqualis æqua-*

lem: pro monstro enim foret, majorem esse filium, quam patrem. debet itaque is qui sibi filium per adoptionem vel arrogationem facit, plena pubertate, id est, decem & octo annis præcedere *§. 4. Inst. h. t.* Illud mirere, quod a Paulo ex *lib. 1. Regularum* traditum *l. 30. h. t. Et qui uxores non habent, filios adoptare possunt.* nempe poterat metui; ne impedimento esset juris regula. Sed placuit sufficere, volentibus adoptare, si uxores habere possint, permittente natura *l. 16. h. t.* Igitur qui generare possunt, quales sunt spadones, adoptare quoque possunt: castrati non possunt *§. 9. Inst. h. t.* ipsumque hoc discrimen indigitavit Modestinus *l. 40. §. 2. h. t.* quamquam una tantum extat species: cum sit is locus ex *lib. 1. Differentiarum.* Simili modo licet in locum nepotis vel neptis, pronepotis vel proneptis, vel deinceps adoptare, quamvis filium quis non habeat *§. 5. d. t. & l. 37. D. h. t.* modo per ætatem habere possit. Præterea tam potest quis filium alienum in locum nepotis adoptare, quam nepotem in locum filii *§. 6. Inst. h. t.* si eum ante emancpaverit. hoc enim facit non ut avus, sed ut quilibet *l. 15. §. 1. h. t.* tantum desideratur, (quod in transcursu annotabo) si quem nepotis loco adoptet, tamquam ex certo filio, puta Lucio, vel naturali vel adoptivo; ut eo casu filius Lucius consentiat; ne alioquin ei invito suus heres agnascatur *§. 7. Inst. h. t.* quod non est opus; si eum adoptet, quasi ex incerto filio natum: quia sic nulli agnascitur, tamquam suus *l. 44. h. t.* ac secundum hæc explicanda *l. 6. h. t.* Sed, ut eo redeam, postquam placuit, fœminas nec naturales liberos in sua potestate habere, etiam fuit regulis juris receptum, ne possint adoptare vel arrogare: quasi natura non patitur, eas in sua potestate habere liberos adoptivos, quæ in potestate non possunt habere liberos naturales. atque ita ex usu sui temporis Ulpianus in *Fragm. tit. 8. §. 8.* obtinuit tamen adversus regulas juris, ut ex indulgentia Principis etiam adoptare possint fœminæ in solatium amissorum liberorum *§. 10. Inst. h. t.* ac permiscere id primi Diocletianus & Maximianus *l. 5. C. h. t.* Longum fuerit, si adferam omnia, similitudini naturæ & adoptionis consequentia, non fuerit tamen extra propositum, monere, quod & fecit Justinianus *§. 8. Inst. h. t.* in plurimis causis eum qui adoptatus vel adrogatus est, adsimilari ei qui ex legitimo matrimonio natus est. transit enim (ut dictum in definitione) in familiam patris adoptivi, & ibi fit suus heres *l. 1. §. 2. D. de suis & legitim.* perinde ac si ex eo & ex ejus matrefamilias esset natus.

ita Proculus *l. 44. h. t.* verba Proculi: *Si sic adoptavit, ut etiam jure legis nepos suus esset, quasi ex Lucio (puta) filio suo & ex matrefamilias ejus natus esset.* ita editur Florentiæ satis idoneo sensu: etsi in quibusdam libris non inepte, imo aptius forte, legitur: *Ut tam jure legeque nepos esset quasi ex Lucio (puta) filio suo & ex matrefamilias ejus natus esset.* idque malunt Balduinus *Notis ad hunc Titulum Pandectarum*, & Duarenus *lib. 2. Disp. annvers. c. 14.* Ut ut erit, ait Justinianus *d. §. 8.* fieri ex hoc principio; ut si quis per Imperatorem aut per Prætozem vel Præsidem provinciæ aliquem adoptaverit, possit eundem alii in adoptionem dare: certo, quod est per adoptionem in ejus familiam translatus. Igitur efficitur quoque, eum patri adoptivo fieri heredem nominis, pecuniæ, & sacrorum. clare Cicero *Pro domo c. 13.* *Quas adoptiones hereditates nominis, pecuniæ, sacrorum, consecuta sunt.* Et apud Vopiscum *Aureliano c. 14.* *Jube igitur, ut lege agatur, sitque Aurelianus heres sacrorum, nominis & bonorum, totiusque juris Ulpio Crinito.* At sicut adoptivus filius adoptivo patri, in cujus familiam transit, fit suus heres: ita patri naturali in cujus familia esse desinit, fit extraneus. Quintilianus, *Declam. 346.* *Dando in adoptionem jus omne translatum est.* Tantum retinet jus naturæ, id est, jus cognationis, amisso jure agnationis. Sic Ulpianus *l. 4. §. 10. D. de gradibus.* Quintilianus *d. loc.* & apud Terentium *Adelph. 1. 2. vers. 46.* *Micio, Naturatu illi pater es, consiliis ego.* Ita quid mirum, quod observat Dion, *lib. 46. pag. 366.* Octavium, adoptatum testamento avunculi, Caji Julii Cæsaris, deinde appellatum fuisse Cajum Julium Cæsarem Octavianum, nimirum assumpsit prænomen, nomen, & cognomen, patris adoptivi, recte suo, sed inflexo. Superioribus etiam consequens fuit: quod ait Paulus *l. 23. h. t.* eum qui in adoptionem datur, his quibus adgnascitur, & cognatum fieri: quibus vero non adgnascitur, nec cognatum. & hanc addit rationem: quod adoptio non jus sanguinis, sed agnationis, adfert. & ideo, inquit, si filium adoptaverim, uxor mea illi matris loco non est: neque enim adgnascitur ei, propter quod nec cognata ejus fit. item nec mater mea aviæ loco illi est: quoniam his qui extra familiam meam sunt, non adgnascitur: sed filiæ meæ is quem adoptavi, frater fit: quoniam in familia mea est filia, quod ab Ulpiano confirmatur *l. 1. §. 1. D. Unde cognati.* cæterum etsi adgnascitur patri adoptivo ejusque agnatis: auctoritas tamen eorum inter quos jura agnationis consequuntur, eam in rem necessaria non est *l. 7. h. t.*

Illud quale: quod Paulus *l. 35. h. t.* dignitas, inquit, per adoptionem non minuitur, sed augeatur: & exemplum Paulo in Senatore: qui a Plebejo adoptatus, nihilominus manet Senator. similiter Senatoris filius a plebejo adoptatus, adhuc quasi Senatoris filius videtur *l. 5. §. 6. pr. & §. 1. D. de Senatorib.* vice etiam versa si Senator hominem plebejum adoptet; placet, adoptivum Senatoris filium intelligi *dd. ll.* ejusque privilegiis eum etiam in pœnis frui *l. ult. §. 1. D. de pœnis.* Hæc ideo noto: quia sic liquet, quæ a Cicerone *Pro domo c. 14.* contra Clodii arrogationem a confusione gentis patriciæ plebejæque producuntur, aut oratorio more dici pro causa, aut moribus populi Romani deinde evanuisse. Sed talia pendent magis ab arbitrio utentium, quam a naturali ratione. Ut ut erit, quod ex Paulo dictum, jus fuit constante adoptione. finita enim patris adoptivi po-

testate, in omni fere jure ex pristino nullum retinetur vestigium: denique & patria dignitas per adoptionem quæsitæ, ea finita deponitur. ita Papinianus *l. 13. h. t.* additque Pomponius *l. 14.* etiam nepotem ex filio apud adoptatum patrem conceptum & natum, per emancipationem jura omnia perdere.

Tantum de definitione adoptionis: sequitur divisio. Est enim generale adoptionis nomen, sed (ut Modestinus ait *l. 1. §. 1. h. t.*) in duas species dividitur: quarum altera adoptio similiter dicitur: altera arrogatio. adoptantur filii familias: adrogantur qui sui juris sunt. Ait autem Gajus *l. 2. h. t.* adoptionem fieri imperio Magistratus. A. Gellius *lib. 5. c. 19.* dicit, per Prætozem, addam, vel alium, apud quem legis actio sit, ut Consulem, vel Præsidem *l. 3. & 4. D. & l. 1. C. h. t.* Non igitur fit adoptio tabulis, licet per tabellionem conficiendis, sed solemnii juris ordine apud Præsidem, verbi gratia, solet copulari *l. 4. C. h. t.* Ordinem describit Justinianus *l. ult. C. eod. tit.* fuit autem talis. Filius a patre naturali cujus in potestate erat, per æs & libram patri adoptivo venditus tamquam servus, ab eo manumittebatur. is manumissus ex lege Romuli relapsus in patris naturalis potestatem, ab eo iterum patri adoptivo vendebatur nummo imaginario, & similiter ab eo iterum manumittebatur. relapsus autem in patris naturalis potestatem, tertio vendebatur patri adoptivo. tum vero ab eo non manumittebatur, sed in jure coram Magistratu cui ea legis actio erat, vindicabatur ex jure Quiritium tamquam filius; & non contra vindicante vel cedente patre naturali, a Magistratu cui ea legis actio erat, addicebatur. atque hoc sensu Gajus *d. l. 2.* ait, hanc adoptionem fieri imperio Magistratus. A. Gellius *d. c. 19. lib. 5.* sic exprimit. *Adoptantur quum a parente in cujus potestate sunt, tertia mancipatione in jure ceduntur, atque ab eo qui adoptat, apud eum apud quem legis actio est, vindicantur.* Eodem spectat hoc Suetonii, *Augusto c. 64.* *Cajum & Lucium adoptavit domi per assem & libram emptos a patre Agrippa.* Sic in filio. at in cæteris liberis, id est, filia, nepote, & nepte, tantum unam emancipationem sine manumissione intervenisse, Justinianus refert *d. l. ult.* ibidemque omnem mutat veterem solemnitatem; vult enim, licere parenti qui liberos in potestate constitutos, in adoptionem dare desiderat, sine vetere observatione emancipationum & manumissionum hoc ipsum, actis intervenientibus, apud competentem Judicem manifestare, præsentem eo qui adoptatur, & non contradicente, nec non eo qui adoptat. igitur desideratur quidem adhuc in adoptione utriusque præsentia; sed sufficit filii consensus vel tacitus, quamvis non sit expressus. at in arrogatione, ut mox dicetur, necessaria est expressa voluntas *l. 5. h. t.* vel (ut A. Gellius ait *d. c. 19. lib. 5.*) ipse debet auctor fieri.

Illud non indignum notatu: quod ut unum hominem in judicio duas personas sustinere non oporteat *l. 13. §. 4. D. Ad Senatuse. Trebell.* tamen Paulus *l. 3. h. t.* Si, inquit, Consul vel Præses sit filius familias: posse eum apud semet ipsum vel emancipari, vel in adoptionem dari, constat; & subjicitur ex Modestino *l. 4.* Magistratum apud quem legis actio est, & emancipare filios suos, & in adoptionem dare apud se posse, Neratii sententia est. Tantum usus valet! Cæterum, ut finem faciam huic parti, liquet ex supra dictis, filium a patre datum in adoptionem, jure civili desinere in
ejus

ejus potestate esse; & contra in patris adoptivi potestatem perinde transferri, ac si ex eo & ejus matrefamilias esset natus. Sed hoc mutavit Justinianus l. 10. C. h. t. suadente Iuliano adoptionis, si quis extraneo sit in adoptionem datus, nam si ab aliquo ex adscendentibus, puta, avo paterno aut materno, adoptatus sit: jam quia duo concurrunt vincula, & naturalia & civilia, placuit ei, jus antiquum retinere.

Altera adoptionis species est arrogatio: quæ est eorum, qui sunt sui juris: dicta (ut Gajus l. 2. h. t. ait) a rogando: quia & is qui adoptat, rogatur, an velit eum quem adoptaturus est, justum sibi filium esse; & is qui adoptatur, rogatur, an id fieri patiatur. Aulus Gellius lib. 5. Noct. Attic. c. 19. addit: quod arrogatio fiebat etiam per Populi rogationem; ejusque rogationis verba hæc fuisse. *Velitis jubeatis. Quirites. uti. Lucius. Valerius. Lucio. Tiberio. tam. jure. lege. q. filius. sibi. fiet. quam. si. ex. eo. patre. matre. q. familias. ejus. natus. esset. uti. q. ei. vita. necis. q. in. eo. potestas. fiet. uti. patri. endo. filio. est. hac. ita. uti. dixi. ita. vos. Quirites. rogo.* In adoptione non erat hac rogatione opus: quia poterat pater filium quem in potestate habebat, occidere; nec minus poterat eum alii vendere. at in arrogatione idcirco necesse erat, rogari Populum: quod civis Romanus sui juris, non poterat statum sine Populi consensu mutare; eoque se dare in alterius potestatem: ut bene observat Torrentius, ad Suetonium Augusto c. 64. Debit igitur in arrogatione triplex fieri interrogatio, et si Gajus, quod offendit Andreæ Alciatum, V. Cl. lib. 9. Parerg. c. 5, aliosque, tantum meminerit duplicis. Sed habuit hanc causam Gajus, meo judicio: quod omnibus erat certum, arrogationem, quam per Populum fieri oportebat, non procedere sine Populi rogatione: per ea, quæ alibi dixi ex Gellio lib. 10. c. 20: sed poterat dubitari, an ea procederet sine rogatione ejus, qui arrogat, quique interrogatur: modo eos tacite vel palam consensisse apparet: sicut hoc in adoptione sufficit. ac nescio, an in proposito hanc utriusque differentiam indigitet Celsus l. 5. h. t. *An adoptionibus*, inquiens, *eorum dumtaxat, qui suæ potestatis sunt, voluntas exploratur, sin autem a patre datur in adoptionem, in his utriusque arbitrium spectandum est, vel consentiendo vel non contradicendo.* Non minus huc spectat hoc Ulpiani l. 24. h. t. *Neque absens, neque dissensus arrogari potest.* Sed sæpe fit apud nostros: ut omissa re certa & indubitata, tantum tractetur minus certa. & notavi simile lib. 1. Probabil. c. 5. Ut igitur valeret arrogatio, oportebat triplicem intervenire interrogationem, arrogatoris, arrogandi, & Populi in comitiis curiatis; eoque tantum Romæ fieri solitam arrogationem, Ulpianus refert in *Fragm. tit. 8.* Hæc libera republica, qua mutata, bifariam facta fuit arrogatio: vel more antiquo apud Populum in comitiis curiatis, vel lege Regia apud Principem. utraque forma apparet ex historia & oratione Galbæ, Pisonem arrogantis, apud Tacitum lib. 1. *Histor. c. 15.* & seq. adhuc more vetere usus fuit Augustus apud Suetonium Augusto c. 65. & Claudius apud Tacitum lib. 12. *Annal. c. 26.* & 41. etiam ejus mentio apud Gajum lib. 2. *Inst. tit. 2.* & Ulpianum, d. tit. 8. Novæ formæ meminit l. 19. l. 20. l. ult. h. t. etiam Gajus l. 2. D. h. t. quæ est ex ejus lib. 1. *Institutionum*: quamquam ibi tit. 7. nullum ejus hodie est vestigium. Tandem apud unum Principem fefidisse arrogationem intelligitur ex l. 2. C. h. t. Utrovis modo fiat arrogatio; verum est

hoc Ulpiani l. 15. h. t. *Si paterfamilias adoptatus sit omnia, quæ ejus fuerunt, & adquiri possunt, tacito jure ad eum transeunt, qui eum adoptavit. hoc amplius liberi, qui in potestate ejus sunt, eum sequuntur.* Posterius certe Justinianus §. 11. *Inst. h. t.* in arrogatione Tiberii observat: utrumque Suetonius Tiberio c. 15. Verba. *Adoptatur ab Augusto (Tiberius) simul cum fratre eorum M. Agrippa: conatus prius ipse Germanicum fratris sui filium adoptare. Nec quidquam postea pro patrefamilias egit: aut jus, quod adoptione amiserat, ex ulla parte retinuit. Nam neque donavit, neque manumisit: nec hereditatem quidem aut legata percepit ulla aliter, quam ut peculio referret accepta.* Cæterum ait Gellius d. c. 19, quod apud Populum non temere fiebat arrogatio, nisi arbitris Pontificibus; id est, nisi causa a Pontificibus cognita, eoque exemplo hodie, cum sit per Rescriptum Principis, debere intimari apud Prætorem vel Præsidem, auctores sunt Diocletianus & Maximianus d. l. 2. C. h. t. Quid autem in causæ cognitione veritatur, præter A. Gellium d. c. 19, & Ciceronem, *Pro domo c. 14*, tradit Ulpianus l. 15. §. 2. & 3. l. 17. h. t. licet illos inspicere: non enim adferam omnia. tantum notabo, quod inter cætera ait Gellius, solitum fuisse tractari de liberto, an possit ab ingenuo arrogari. sed nostri distinguunt proprium ab alieno. hunc negant arrogari: ne patrono injuria fiat d. l. 15. §. 3. illum sinunt arrogari; si precibus inferat justam causam, id est, quod liberos non habeat l. 3. C. h. t. ita tamen, ut publice maneat libertinus l. ult. h. t. l. ult. D. de stat. hom. quamvis in familia patroni arrogatoris ingenui jura sit consecutus l. 32. D. de rui nupt. Hoc æque non silebo, ab Ulpiano d. tit. 8. observari: quod fœminæ apud Populum non arrogantur. (sic ibi vere legit Cujacius in *Notis*.) Idemque antea fuit in pupillis; hac ratione, quæ est A. Gellii, *Quoniam & cum fœminis nulla comitiorum communio est, & tutoribus in pupillos tantam esse auctoritatem potestatemque, fas non est: ut caput liberum fidei suæ commissum alienæ ditioni subjiciant.* Sic in fœminis, si in comitiis Populi celebranda sit arrogatio. at aliter est, si fiat ex Rescripto Principis. hoc enim modo eas arrogari posse, ait Gajus l. 21. h. t. Idemque nunc in pupillis esse, ex Constitutione D. Pii, Ulpianus memorat d. tit. 8. Inde igitur & tutoribus auctoritatem intervenire, monet Justinianus l. ult. C. de auctorit. præst. Video, etiam curatoris mentionem fieri a Modestino l. 8. h. t. eamque legem exponi a Cujacio lib. 26. *Observ. c. 7.* at, meo judicio, diligentius, quam felicius. quæ enim attulit de tutela muliebri, Senatusconsulto Claudiano sublata, procul vero esse, ex his quæ ad l. 2. *Cod. Theod. de tut. & curat. creand.* annotavit Jacobus Gothofredus, facile intelligitur. Ac nec ipse, quemadmodum lucem faciam Modestino, adhuc potui ad liquidum deducere. doceant eruditiores. habeo gratiam. fallere certe juris studiosos specie vanæ interpretationis, non est mei moris.

Interim, ut ex quæstione nascitur quæstio: potest dubitari, an vel ei, qui alicujus tutelam vel curam administravit, arrogare permittatur; si qui arrogatur, sit minor annis quinque & viginti? negat Ulpianus l. 17. h. t. & recte: præfatus, ne forte ideo eum arroget, ne rationes reddat. Imperator tamen Titus Antoninus (quod observavit Papi- nianus l. 32. §. 1. h. t.) rescripsit, privignum suum tutori adoptare permittendum. optima humanitatis ratione, pulchre animadversa a Jacobo Cujacio, lib. 2. *Observ. c. 38.*

Potest igitur pupillus ex Constitutione D. Pii hodie arrogari causa cognita, sed diligentius, quam in puberum arrogatione fieri solet. vult enim Ulpianus, præter superiora, etiam spectari mores arrogatoris, item personarum conjunctionem, & facultates *d. l. 17. §. 1. & seqq.* Insuper ait Justinianus §. 3. *Inst. h. t.* hanc arrogationem fieri cum quibusdam conditionibus; in eisque esse, ut caveat arrogator se, si intra pubertatem decesserit pupillus, ejus bona restitutum illis, qui, si adoptio facta non esset, ad ejus successionem venturi essent. quod & Marcellus probat *l. 18. h. t.* Ulpianus eam cautionem vocat satisfactionem *d. l. 17. §. ult.* visa vero hæc Marcello adeo necessaria; ut, etsi causa arrogationis ob alia probanda sit, non debeat subscribi aliter, quam ea præstita *l. 18. h. t.* formulam exponit Ulpianus *l. 19. h. t.* ait autem, ea & libertatibus prospectum esse, quæ secundis tabulis datæ sunt, & multo magis substituto servo, item legatariis, ait, *substituto servo.* sed delendum verbum, *servo*, quasi otiosum; & scribendum, *& multo magis substituto, item legatariis.* Res clara; puto autem, ait, ideo prospici libertatibus & legatis in ea substitutione datis: quia alioquin una cum substitutione corruerent, propter arrogati capitis diminutionem. quod si nullæ fuerunt secundæ tabulæ; satisfactio proficiet his, qui ab intestato fuissent ad arrogati bona venturi, nisi arrogatio incidisset *d. §. 3. Inst. h. t.* Habet igitur hæc satisfactio locum, si impubes decedat arrogatus *l. 20. h. t.* ultra non, nempe quia pupillaris substitutio pubertate extinguitur, possetque testari pubes, si non esset arrogatus. deinde petinde habent, ac si ab initio pubes arrogatus fuisset. quod & ante Antoninum fieri potuisse, ex A. Gellio *d. c. 19.* intelligitur. cavetur igitur solum in casum, si impubes moriatur pupillus, qui arrogatur: id est, cum ipse non potest facere testamentum. Fere oblitus eram, quod formula quamquam de pupillo tantum loquitur; tamen & in pupilla, si illa arrogetur, locum habet *l. 20. h. t.* Quæ dixi, vera sunt; si arrogatus filius impubes vivo arrogatore moriatur. Quid, si arrogator decesserit, impubere relicto filio adoptivo; & mox impubes decedat: an heredes arrogatoris teneantur, quaeritur? & putat Ulpianus, heredes quoque restitutos & bona arrogati, & præterea quartam partem *l. 22. h. t.* Ulpianus intelligit quartam, quæ in *l. 8. §. 15. D. de inoffic. testam.* & *l. 1. §. 21. D. de collat. bon.* quarta D. Pii appellatur. is enim Imperator iussit, arrogatorem non modo cavere, restitutum se impuberis mortui bona his, ad quos, si arrogatio non intervenisset, perventura fuissent: sed præterea eum se non emancipaturum, nisi causa cognita fuerit dignus emancipatione judicatus; eoque casu ejus bona ei redditurum: sed & si decedens eum exheredaverit, vel vivus sine justa causa emancipaverit, ei relicturum se quartam partem bonorum suorum, §. 3. *Inst. h. t.* Apparet igitur, esse hanc cautionem ab arrogatore præstandam, antequam arrogationi subscribatur: sive in nepotem quis adoptetur, sive in locum filii *l. 22. §. ult. h. t.* Superest, ut videamus, cui cavendum sit? ait autem Marcellus *l. 18. h. t.* esse cavendum servo publico. Justinianus *d. §. 3.* ait, personæ publicæ. Cur tam varie? imo cur non his, quorum inter sit? Sed hæc ratio adfertur: quod hi, ad quod res sit perventura, non peræque certi sunt. etiam potest evenire, ut hi absint aut nequeant sibi stipulari. adhibitus igitur antiquitus ad Tabellionis munus fuit servus publicus; qui sit

quasi omnium servus; eoque omnibus quasi dominis stipulari, & ex stipulatu acquirere poterat *l. 2. D. pupill. salv. for.* Sed postquam servi a Tabulariorum munere remoti sunt ab Arcadio & Honorio *l. 3. C. de Tabular. scrib. lib. 10. tit. 69:* Justinianus *d. §. 3. Inst. h. t.* pro servo publico restituit personam publicam: ut præter alios a Mutete ibi est annotatum. Sic, si interposita sit cautio. quid si ommissa sit? adhuc placet, his, quorum inter sit, utilem actionem adversus arrogatorem dari *l. 19. §. 1. h. t.*

Missæ hæc faciam; si addidero, quod in *l. 37. §. 1. h. t.* non incommode sic ait Paulus, Eum quem quis adoptavit, emancipatum, vel in adoptionem datum, iterum non potest adoptare. At qui est patria potestate liberatus, eum postea non posse in potestatem honeste reverti, nisi adoptione, id est, arrogatione, Ulpianus scribit *l. 12. h. t.* Hoc quoque cum evenit; placuit Veteribus; hunc filium non pro adoptivo accipere, sed pro naturali. Papinianus *l. 23. D. de liber. & posth.* sic exprimit: In omni fere jure sic observari convenit, ut veri patris adoptivus filius numquam intelligatur; ne imagine naturæ veritas adumbreretur, videlicet, quod non translatus, sed redditus videretur. idque & Ulpianus probat *l. 12. §. 7. D. de bon. poss. contr. tabb.*

Vidimus, quibus modis adquiratur patria potestas. videamus, quibus tollatur. indicat autem Rubrica, fuisse complures. primus est adoptio, de qua jam dictum satis. alter modus, quem Rubrica adfert, est emancipatio. fiebat ea jure vetere per tres imaginarias emptiones venditionesque, & totidem manumissiones; exemplo legis Duodecim Tabularum: qua cautum erat, ne filius a patre fieret liber; nisi ter venditus, terque manumissus. potuisse autem singulas emancipationes fieri vel iisdem vel aliis testibus, item vel eodem die, vel intermisso tempore, Paulus refert *lib. 2. Sentent. tit. 26.* ceteri liberi, præter filium, una venditione & manumissione de patris potestate exhibant: ut nos docet Ulpianus *tit. 10. §. 1. & l. 8. §. 1. D. de injustorum pro.* Solebat autem pater, cum filium tertium manciparet, pacisci; ne manumitteretur ab emptore; sed ut sibi ab eo remanciparetur. quo casu dicebatur vendi contracta fiducia. ipse vero pater filium sibi remancipatum, manumittebat, ut manumissione fieret ejus patronus, & jura patronatus haberet. Hac forma fiebat emancipatio vetere jure, alia non erat; eoque sic rescripsere Diocletianus & Maximianus *l. 3. C. de emancip. liber. Non nudo consensu patria liberi potestate, sed actu solemnī, vel casu liberantur: nec causa, quibus motus pater emancipavit filium, sed actus solemnitas quaeritur.* Hunc rigorem imminuit Anastasius *l. 5. C. de emancipat. liber.* permittens, liberos a parentibus, qui id specialiter per Rescriptum impetraverint, apud Magistratum competentem, sine solemnitatibus, de quibus dixi, emancipari nuda voluntate patris, consentiente tamen filio: nisi sit infans, qui etiam sine ejus consensu hoc modo emancipatur. Longius ivit Justinianus *l. ult. C. eod. tit.* nimirum voluit, patri jus esse, etiam non impetrato Principis Rescripto, liberos suos consentientes vel non contradicentes, apud judicem competentem, explosa omni vetere fictione, sola voluntatis declaratione a sua manu demittere: eoque facto, patri omnia præstari jura, quæ patrono in bonis liberti tribuuntur; nec minuseum, si impubes filius sit, legitimam ejus tutelam nancisci.

Expoui tres emancipationis formas, veterem legi-

legitimam, Anastasianam, & Justinianeam, ordine traditas §. 6. *Inst. Quib. mod. jus patr. pot. solv.* qualiscumque autem sit, tantum inter volentes obtinet. ita neque liberi inviti manumittuntur; neque parentes coguntur eos manumittere: certa juris regula, quæ ex Marciani *lib. 5. Regularum* extat *l. 31. h. t.* & (ut intelligitur ex *l. 4. C. de emancipat. liberor.*) ne infringitur quidem Rescripto Principis: non soliti beneficia tribuere in cujusquam injuriam: Sic: si nulla adferatur justa causa: nam si hæc sit; contra est. & est exemplum *l. 32. §. 33. h. t.* juncta *l. 3. §. 6. D. de minorib.* item *l. 92. D. de condit. & demonstr.* præterea *l. ult. D. si a par. quis manumiss.* & *l. 12. C. de Episcop. aud.*

Præter adoptiones & emancipationes, ait Rubrica, esse alios modos, quibus patria potestas solvitur. Diocletianus & Maximianus certe *l. 3. C. de emancip. liber.* dicunt, id fieri actu solemnium vel casu, talis vero casus est mors naturalis, qua de Justinianus *pr. Inst. Quib. mod. jus patr. potest. solv.* & Ulpianus *tit. 14. §. 2.* nec minus maxima & media capitis deminutio, quæ mors civilis appellatur *d. tit. 10. §. 3.* nisi si alterutram capitis deminutionem passus, ex indulgentia Principis restitutus sit per omnia: tum enim pristinum recipit statum §. 1. & *3. Inst. d. tit.* A capitis deminutione separanda est captivitas hostium; ea enim patriam potestatem

non tam tollit, quam suspendit: intercedente fictione juris postliminii, & legis Corneliæ §. 5. *d. tit.*

Magis casui comparetur dignitas, quamqua non omnis, etsi maxima, verbi gratia, Consulatus; (ut alibi monui ex Dionysio, & apparet ex §. 4. *Inst. d. tit. §. 1. §. ult. D. de Senatusc. Macedon.*) sed dignitas Flaminis Dialis, & Virginis Vestalis. nam utraque tollit patriam potestatem, & quidem sine capitis deminutione: ut ex A. Gellio *lib. 1. Noct. Attic. c. 12.* & Ulpiano *d. tit. 10. §. ult.* præclare observavit in *Notis* Cujacius; simul explicandum inde esse, quod in *l. 3. §. ult. D. de Senatusc. Maced. l. 2. §. 1. D. Quodcumque eo qui in alien. potest. §. 1. §. 4. D. Quand. de pec. act. ann.* dicitur quis non modo morte, sed etiam alias, sui juris fieri sine capitis deminutione. Interim, sublata Gentili superstitione, nulli sunt Flamines Diales, nullæ Virgines Vestales: ideoque nulla in jure Justiniano mentio tollendæ hoc modo patriæ potestatis. simile tamen obtinet in dignitate Patriciatus: qua Imp. Justinianus voluit, patriam potestatem solvi illico ab Imperialibus codicillis præstitis §. 4. *Inst. Quib. mod. jus patr. solv.* & *l. 3. C. de Consulibus lib. 12. tit. 3.* idemque in *Novella 81. c. 1.* statuit in omni dignitate, quæ filium liberat a Curia; & definitur *l. ult. C. de decurionib. lib. 10. tit. 31.* In capite autem 3. d. *Novellæ*, vult etiam Episcopos statim ab ordinatione sui juris fieri.

TITULUS VIII.

De divisione rerum & qualitate.

Hactenus enarravit Imperator varias personarum divisiones, & singularum jura. proximum est, uti subjiciat rerum divisionem & qualitatem. sed rerum summa divisio Marciano *l. 2. h. t.* (unde descriptum a Justiniano est principium *Inst. d. t.*) quadripartita venit *Quadam*, inquit Marcianus, *naturali jure communia sunt omnium, quadam universitatis, quadam nullius, pleraque singulorum.* Prima species est rerum, quæ sunt jure naturali communes omnium. easque in §. 1. *d. l. 2.* definit ab exemplis: ut sæpe Veteres, Isidoro teste *lib. 2. Origin. c. 29. vers. Undecim. p. 882.* Ea porro exempla sunt, aer, aqua profluens, mare, littora, flumina, portus. Sic mihi videtur: simul *d. l. 2.* esse conjungendam cum *l. 4. h. t.* est enim utraque ex eodem Marciani *lib. 3. Institutionum*, & cohæsit olim. Accedit quod Michaël Attaliates, Græcus Jurisconsultus, *tit. 2. Pragmaticorum*, omnes eas res similiter vocat communes, atque eodem jure. Nec minus Prudentius *lib. 2. Adversus Symmachum* verbis sequentibus.

*Nunc adsunt homini data munera legibus iisdem,
Queis concessa semel, fons liquitur, amnis inundat,
Velivolum ratibus mare finditur, influit imber,
Aura volat tenuis, vegetatur mobilis aer,
Et res natura sit publica, promptaque cunctis,
Dum servant elementa suum famulantia cursum.*

Prudentius fontem, mare, imbrem, auram, ærem, & amnem, appellat rem publicam, & cunctis promptam. id vero quid aliud est, quam esse communes omnium hominum? Non me confundit, quod idem Marcianus *d. l. 2. §. 1. h. t.* flumina non vocat communia, sed publica: & Justinianus *d. pr. Inst. h. t.* publica a communibus manifeste distinxit. nam vel ex Prudentio constat, ne alios vocem ad partes, quos habeo plurimos, publica & communia idem sonare apud Veteres: idque nec negant

Jurisconsulti. Ex his Ulpianus *l. 24. D. de damno infecto* ait, fluminum usum esse communem, sicut littorum, & viatum publicarum. E diverso Justinianus §. 5. *Inst. h. t.* ait, littorum usum esse publicum & juris gentium, sicut ipsius maris. Eodem modo Ulpianus *l. 13. §. fin. D. de injur.* & Aristoteles *l. pen. h. t.* publicam vocant maris causam: quamquam mare & littora sunt communia. Sed sive communia, sive publica, ea dicamus, nihil addentes præterea, nihil dicimus: quia non est plena locutio, & sit demum integra: si dicamus, quorum & quo jure quæque communia aut publica esse velimus. Veteres enim duplicem fecere civitatem: unam majorem totius mundi, id est, Dei & omnium hominum: alteram minorem, Romanam, verbi gratia, aut Atheniensem, aut similem. inde quoque duplices fecerunt res publicas, vel communes; alias jure naturali & gentium, alias jure civili, utrique civitati convenienter. ita, cum flumen, cum littus, cum mare, aut eorum usum, dicimus publicum, omnium hominum jure gentium publicum intelligimus. ea enim plena locutio est. ac sic Gajus *l. 7. §. 5. D. de adq. rer. dom.* & Papinianus *l. 45. D. de usurp. & usucap.* etiam Justinianus §. 4. & *5. Inst. h. t.* Hoc porro cum dicimus; quid volumus, nisi communia jure naturali esse omnium: id est, esse publica, non ita, ut ea, quæ sunt in patrimonio Populi; sed ut ea, quæ primum sunt a natura prodita, & in nullius adhuc dominium pervenerunt. ita prorsus de littoribus Neratius *l. 14. D. de adq. rer. dom.* Sed apparet, res communes & publicas jure naturali aut gentium esse easdem; & a Marciano non male fieri quadruplicem omnium rerum divisionem: etsi Justinianus *pr. Inst. h. t.* separatis rebus communibus & publicis, facit quintuplicem omnium

rerum divisionem: sic scribens; *Quadam enim naturali jure communia sunt omnium, quadam publica, quadam universitatis, quadam nullius, pleraque singulorum.* Sed jam dudum suspicatus sum, laborare locum illum: quia est manifeste descriptus ex Marciano; cum eoque si bene habebit, convenire debet. nec me fallo; conjiciens, hæc verba, *quadam publica, quadam universitatis.* Marciani sane in *d. l. 2.* non sunt. sic conjeci *lib. 1. Probabilium c. 7. & 8:* mirumque est, ni ea conjectura adjuvetur conjunctione Fragmentorum Marciani, quæ Tribonianus ex ejus libro tertio Institutionum sparsit per *l. 2. 4. 6 h. t.* Sed in primis id clarescet, si videamus, qualia Veteres jure gentium cum communia, tum publica appellent: sic enim cum nomine etiam res consentiet. docuit igitur me Cicero *lib. 1. De officiis*, a Veteribus communia dici omnia, quorum innoxia sit utilitas: id est, quorum usus, cum prodest uni, non nocet alteri. quo in numero posuit Marcianus *l. 2. §. 1. l. 4. l. 6. h. t.* (nam omnia illa Fragmenta, ut sunt ex eodem libro tertio Institutionum, conjungenda sunt) aërem, aquam profluentem, mare, littora maris, flumina, portus. hisque ripas addit Gajus *l. 5. h. t.* Prima species Marciano venit aër. is vero ita communis est omnium, ut etiam, quæ in eo agunt, sint communia. hac ratione ne aucupari quidem quis prohiberi potest; & si prohibeatur, competit ei injuriarum actio. quamquam potest quis prohiberi, ne alienum agrum ingrediatur *l. 13. §. ult. D. de injuriis*: quia ager est privati domini: at avis quæ in eo sit, nullius sit.

Altera species rerum jure naturali communium Marciano est aqua profluens. Theophilus vertit aquam semper fluentem. Prudentius tamen *d. loco* etiam imbris meminit.

Tertia species rerum communium Marciano est mare. in eoque permittitur unicuique inter alia jus piscandi; & si prohibeatur piscari, ei competit actio injuriarum, perinde ut si quis in publico lavare, aut in cavea publica, (id est, in theatro, interprete Lipsio *De Amphitheatro c. 2*) vel in quo alio publico loco sedere, agere, conversari, non patiatur, aut si quis me re mea uti non permittat *d. l. 13. §. ult. D. de injur. l. 2. §. 9. D. Ne quid in public. loc.* Est & ille ejus juris effectus: ut pilæ molesque in mare jactæ, sint ejus, qui jecerit. ita Celsus *l. 3. §. 1. D. eod. tit.* negat tamen, id concedendum esse: si eo modo deterior sit futuris littoris marisve usus. scilicet, quia usus maris, si non sit innoxius, non est communis. Proinde etsi exstruentis sit in mari exstructum; ut tamen exstruere liceat, ait Pomponius *l. 50. D. de adq. rer. dom.* opus esse decreto Prætoris: (vel potius Principis: ut legunt quidam) quin etiam manu prohibendum, qui id faciat cum cæterorum incommodo. utique civilem actionem de faciendo nullam habere. imo Ulpianus probat, adversus eum qui molem in mare jactat, ei cui forte nocitura sit hæc res, competere utile interdictum, Ne quid fiat in loco publico. quamquam, si nemo damnum sentit; tuendum esse, qui in littore ædificat, vel molem in mare jactat *l. 3. §. 8. D. Ne quid in public. loc. l. 1. §. 18. D. de Nov. oper. nunc.*

Exemplo maris communia omnium jure naturali Marciano sunt littora maris. utique quatenus innoxius est eorum usus. Sic Virgilius.

— *Littusque rogamus*

Innocentium, & cunctis animamque undamque parentem.

Hac igitur ratione ait Marcianus *l. 4. h. t.* quod nemo ad littus maris accedere prohibetur piscandi causa: dum tamen (sic addit) villis, & ædificiis. & monumentis abstinetur: & causatur, quia non sunt juris gentium; id est, quia sunt privata. & recte: cum enim littus omnium commune sit jure gentium; consequens est, ædificatione, velut occupatione, fieri ædificantis *l. 14. D. de adq. rer. dom.* Atque ita est: licet unicuique ad littus accedere piscandi causa: licet etiam cuique in littore casam ponere, qua se recipiat *l. 5. §. 1. h. t.* addam, ædificare perinde ut in mari; & littus suum facere ædificatione. utique, nisi deterior futurus sit littoris marisve usus *d. l. 3. §. 1. D. Ne quid in public. loc.* Scævola *l. 4. D. eod. tit.* ait, nisi usus publicus impediret, adeo, ut liceat in littore ædificare, tam est in eo, quam in mari, adhibendum Principis decretum: sic enim legendum in *d. l. 50. D. de adq. rer. dom.* non Prætoris decretum; ut paulo ante monui. Id vero si est; intelligimus, Celsum *l. 3. D. Ne quid in publico loco*, cum ait, littora in quæ Populus Romanus imperium habet, Populi Romani esse, tantum respicere ad tutelam publici atque innoxii usus; (quæ tutela est imperii Populi Romani) non etiam ad ejus velut patrimonium *l. 14. D. de adq. rer. dom.* Cæterum etsi quis ædificatione suum facit littus: est tamen hæc littoris ratio; ut, si dirutum, rursus aut derelictum sit ædificium, juri pristino restitutum intelligatur; & ideo rursus occupantis fiat *l. 45. D. de usurp. & usucap.* Hæc de littoribus.

Sequuntur flumina *l. 4. §. 1. h. t.* nam, ut dixi, conjungenda uno spiritu ea lex est cum *d. l. 2.* ait vero Marcianus, *Sed flumina* (in quibusdam libris est, *sed & flumina*) *pene omnia & portus publica sunt.* Sensus Marciani, quod sicut maria & littora, ita flumina & portus, sunt publica sive communia jure gentium, non tamen hoc de omnibus fluminibus sentit Marcianus, sed pene omnibus. Ulpianus *l. 1. §. 3. D. de fluminibus* perennia distinguit a cæteris: testatus, illa publica esse, ista non esse, Cassium probabiliter definiisse. igitur flumina non minus, quam maria & littora, patere omnibus, docet Justinianus *§. 2. Inst. h. t.* & non jure civili publica, sed jure gentium publica appellari, claret ex *§. 4.* sequente, & cæteris, quæ in antecessum jam tradidi. Est igitur in fluminibus idem juris effectus, qui est in mari & in littoribus. nam & in fluminibus est cuilibet jus ædificandi: & si credimus Marciano *l. 6. h. t.* (quæ conjungenda cum *d. l. 2. §. 1.* sicut est ex eodem libro) soli, id est, alvei, domini constituuntur, qui ibi ædificant: dum tamen (ut Ulpianus temperat *l. 24. D. de damno infecto*) in his publice ædificetur, & sine incommodo cujusquam fiat. Primum ait, ædificandum esse publice: id est, publica, vel Principis, auctoritate: ut in *l. 8. §. 3. & l. 9. pr. & §. 1. h. t. junct. l. ult. D. Ut in possess. legat. & l. 2. §. ult. D. de judic.* Deinde non aliter ædificandum, quam si fiat sine cujusquam damno: causa ea, quod ubi non est innoxius, non est communis, fluminis aut maris usus. Sic Veteres. Nisi aliter Scævola *l. ult. D. de fluminibus.* Verum corruptus est locus, & restituendus eo remedio, quod præscripsi *lib. 4. Probabilium c. 1.* Quod dixi de jure ædificandi, etiam de piscatione dici potest. nam jus piscandi omnibus commune esse in portu fluminibusque, palam Justinianus scribit *§. 2. Inst. h. t.* idque in tantum placet

placet Marciano: ut in l. 7. D. de divers. temp. præscript. (quæ est ex ejus libro tertio Institutionum) ita scribat, *Si quisquam in fluminis publici diverticulo solus pluribus annis piscatus sit, alterum eodem uti jure prohibet.* In quibusdam libris est, *prohibere.* sed Florentiæ rectius legitur, *prohibet.* sensus: Is qui solus pluribus annis piscatus sit in diverticulo fluminis publici, potest, quamdiu piscatur, alium prohibere, ne ibi piscetur. & est ratio: quia is locus quamdiu possidetur, tamdiu possidentis est jure occupationis. Quid, si desierit ibi piscari? jam alium prohibere non potest. Sic censeo, etsi silet Marcianus. sed me movet: quod ipse l. 6. h. t. (quæ est ex eodem libro tertio Institutionum) ait, locum derelictum, quasi jure postliminii, reverti in pristinam causam. Putemus igitur, in d. l. 7. a Marciano respici ad exceptionem possidentis; eamque legem esse idcirco positam sub Titulo, De præscriptionibus, quod nulli datur præscriptio, id est, exceptio, nisi possidenti, atque hoc eo verius, quia Papinianus l. 45. D. de usurpat. & usucap. sic scribit. *Præscriptio longæ possessionis ad obtinenda loca juris gentium publica concedi non solet. quod ita procedit: si quis ædificio funditus diruto, quod in littore posuerat, aut dereliquerat ædificium, alterius postea eodem loco extructo occupantis datam exceptionem opponat: vel si quis quod in fluminis publici diverticulo solus pluribus annis piscatus sit, alterum eodem jure prohibeat.* Aut me fallit animus meus, aut Rubrica, De usurpationibus & usucapionibus, sub qua posita illa lex est, indicio est, a Papiniano tractari, an in littore, aut in fluminis diverticulo, loci occupati proprietas, ommissa loci possessione, longi temporis præscriptione retineatur. Mitto Rubricam: ipse sic Papinianus; *Præscriptio longæ possessionis ad obtinenda loca juris gentium publica concedi non solet.* Quæstio igitur Papiniano est de præscriptione longi temporis in locis jure gentium publicis; id est, de obtinenda in his per eam proprietate, ommissa possessione. fac: aliquis ædificium, a se in littore positum, possedit per longum tempus. deinde id diruit. mox alius occupavit eundem locum, posito ibi alio ædificio. hujus possessionem ædificator prioris ædificii aliquo recepit casu. quaeritur; an adversus novi ædificii ædificatorem, rei vindicatione agentem, possit se tueri exceptione longæ possessionis? Negat Papinianus: arbitratus, si sequens ædificator vindicet locum a se ædificatum: (ut ei jus est: quia is locus ædificatione factus est ejus proprius d. l. 6. h. t. & l. 14. D. de adq. rer. dom.) non posse priorem, post dirutum suum ædificium, quamquam sequentis ædificii possessionem receperit, se adversus vindicationem tueri exceptione, seu præscriptione longæ possessionis: quia illa in locis jure gentium publicis, qualis locus est littus; non obtinet Marcianus d. l. 6. sic exprimit: *ædificio dilapso, quasi jure postliminii, revertitur locus in pristinam causam; & si alius in eodem loco ædificaverit, ejus fiet.* Simili ratione censeat Papinianus, si quis, quod in fluminis publici diverticulo solus pluribus annis piscatus sit; eum propterea, postquam desit ibi piscari; non posse alterum prohibere, eodem jure uti: quia nec in flumine quod est publicum jure gentium, locum habet præscriptio longæ possessionis. Erit hæc mea interpretatio aliquanto evidentior; si Papiniani verba, hætenus obscura, propter adventitia verba, ita, ut oportet, restituero. *Præscriptio longæ possessionis ad obtinenda loca juris gentium publica concedi non solet. quod ita procedit: si quis ædificio fun-*

Noodt Operum Tomus II.

*ditus diruto, quod in littore posuerat, * alterius postea eodem loco extructo, occupanti datam exceptionem opponat: vel si quis, quod in fluminis publici diverticulo solus pluribus annis piscatus sit, alterum eodem jure prohibeat.* Sic corrigo ac lego. Florentiæ, extat, *occupantis.* sed scripsi, *occupanti:* ut est in aliis libris, & sensus postulat. præterea legitur constanter, *Si quis ædificio funditus diruto, quod in littore posuerat, aut dereliquerat ædificium, alterius postea.* Sed ausus sum, quæ est mea confidentia, importuna Papiniano verba, *aut dereliquerat ædificium,* in marginem remittere pro interpretatione, nam in textu retineri nequeunt: quia non tractatur a Papiniano casus, in quo a priore ædificatore pro derelicto habitum sit integrum ejus ædificium, idemque ab alio occupatum: sed ubi priore ædificio funditus diruto ab ædificatore, deinde locus ille ab alio est occupatus, posito novo ædificio. A Papiniano tantum unum hunc tractari casum, & non alterum quoque quem præferunt expuncta a me verba, nimis liquet ex sequentibus Papiniani verbis: *Alterius postea eodem loco extructo, occupanti datam exceptionem opponat.* Non igitur retinenda in textu sunt quæ delevi verba: sed ad oram libri releganda pro glossmate: quo significabatur ab Interprete, Papinianum indigitare, si derelictum a priore sit ædificium quod in littore posuerat, non ei prodesse præscriptionem longæ possessionis adversus sequentem ædificatorem.

Satis de fluminibus: restant ripæ. has Paulus l. D. de fluminibus ait *publicas* esse. plenius Gajus l. 5. h. t. dicit, *riparum usum publicum esse jure gentium, sicut ipsius fluminis. itaque navem ad eas appellere, funes ex arboribus ibi natis religare, retia ficcare, & ex mare reducere, onus aliquod in his reponere, cuilibet liberum esse, sicuti per ipsum flumen navigare.* Sic Gajus & bene: quia omnia sunt innoxii usus; & ideo publica jure gentium. Unum addam, etsi levius sit: quod ait, *ex mare:* ut Veteres sæpe, auctore Russardo, Not. ad h. l. & Gifanio, *Indice ad Lucretium.* In quibusdam tamen libris esse, & *ex mari deducere onus aliquod, & in his reponere,* idem observat Russardus; illamque lectionem Florentina esse integriorem. Ego insuper notabo; quod Gajus injicit mentionem *maris;* cum disputet de ripis fluminum: puto, per incogitantiam, Veteribus non infrequentem. exempla jam olim observavi lib. 1. Probabilium. c. 9. Hætenus de usu riparum. quod ad proprietatem attinet: ait Gajus, ex eoque Justinianus §. Inst. h. t. hanc esse illorum quorum prædiis hærent: qua de causa arbores quoque in his natas, eorundem esse; & eum qui in illis ædificat: non suum facere l. 15. D. de adq. rer. dom.

Tradidi res omnium hominum communes seu publicas jure naturali & gentium ex mente Veterum Jurisconsultorum: quæ sola quaerenda fuit, eorum Fragmenta exponentibus. passim alio aberrarunt Interpretes: quia eos decepit usus proximorum seculorum: qui multo recentior est; & Marciano, cæterisque Veteribus Jurisconsultis, plane incognitus. debetur enim juri Feudali: ubi flumina, portus, ripatica, Regaliis annumerantur ab Imp. Frederico Tit. *Quæ sint Regalia, qui est* 56. lib. 2. *Fendorum.* Quod jure civili non ita fuisse, ex superioribus intelligitur.

Succedunt res civili jure publicæ, seu jure civili communes, ideoque non omnium hominum communes, sed dumtaxat eorum qui ejusdem universitatis sunt. & hæc idcirco Marciano l. 2. & Ga-

jo l. 1. h. t. dicuntur esse Universitatis. Est autem, ut hoc addam, universitas: ubi plures homines sub certis legibus coeunt in unum corpus. lateque hic patet hoc nomen. nam & collegia & civitates complectitur. sunt igitur res universitatis aut proprie publicæ jure civili, aut abusive. proprie Populi Romani res; abusive cæterarum civitatum l. 15. § 16. D. de verb. sign. Utræque rursus sunt aut in usu privatorum, aut in pecunia, seu patrimonio universitatis l. 17. D. d. t. l. 6. D. de contr. empt. In usu singulorum sunt theatra, stadia, & similia. De his ita Ulpianus l. 2. § 2. D. Ne quid in loc. public. Loca publica utique privatorum usibus deserviunt, jure scilicet civitatis, non quasi propria cujusque: Et tantum juris habemus ad obtinendum, quantum quilibet ex populo ad prohibendum. Seneca id jus sic describit, lib. 7. De benefic. c. 12. Pluribus modis communia sunt, equestria omnium equitum Romanorum sunt. in illis tamen locus meus sit proprius, quem occupavi. hoc si cui cessi, quamvis illi communire cesserim, tamen aliquid dedisse videor. quedam quorundam sub certa conditione sunt. habeo in equestribus locum, non ut vendam, non ut locem, non ut habitem: in hoc tantum, ut spectem. propterea non mentiar, si dicam me habere in equestribus locum: sed cum in theatrum veni, si plena sunt equestria, Et jure habeo locum illic, quia sedere est mihi liberum: Et non habeo, quia ab his, cum quibus jus mihi loci commune est, occupatus est. In pecunia seu patrimonio Populi quæ sunt, ea ait Marcianus d. l. 6. §. 1. h. t. esse universitatis, non singulorum. Gajus l. 1. h. t. sic exprimit: Res publicæ nullius in bonis esse creduntur: ipsius enim universitatis esse creduntur: Ideoque, ut Marcianus d. §. 1. ait, nec servus communis civitatis singulorum pro parte intelligitur, sed universitatis. & ideo tam contra civem, quam pro eo posse servum civitatis torqueri, Divi Fratres rescripserunt. ideo & libertus civitatis non habet necesse, veniam Edicti petere, si vocet in jus aliquem ex civibus. Aque elegans inter universitatem & singulos differentia est apud Paulum l. 20. D. de reb. dubiis: ubi vide. Similiter ait Ulpianus l. 7. §. 1. D. Quod cujusque univers. Si quid universitati debetur, singulis non debetur; nec quod debet universitas, singuli debent, idque & Seneca vidit lib. 6. De benefic. c. 20. Hæc suffecerint præsentī loco. plura infra lib. 3. sub. Tit. Quod cujusque univers.

Ex ordine sequuntur res nullius, Marciano in l. 2. h. t. tertiam facientes rerum speciem. & pro exemplis illi sunt in l. 6. §. 2. res sacræ, religiosæ, & sanctæ. quamquam etiam aliæ possint nullius dici; ut natura feræ bestię; casu jacens hereditas; tempore thesaurus; domini voluntate res pro derelictis habitæ. Sed res sacræ, sanctæ, & religiosæ, singulari ratione nullius appellantur: quia legibus exemptæ humano commercio, non modo non sunt alicujus; sed nec possunt alicujus fieri. Gajus l. 1. h. t. ait, res sacræ & religiosas esse divini juris; sanctas autem, veluti muros & portas quodammodo divini juris esse, omnesque hac ratione nullius in bonis haberi: at non alio sensu, quam quod Populus eas in usum divinum separavit, prohibito profano usu. ita quæ res sacræ sunt, non desinunt esse humani juris. contra manent Populi, sicut ante fuerunt ejus. tantum sacræ vocat ab usu sacro, cui eas destinavit: donec ei placeat, alia postulante occasione, eas ad usum alium jam necessarium adhibere. sed hoc pulchre observatum a Summo Viro, Hugone Grotio lib. 3. De jur. bel.

Et pac. c. 5, non exequar pluribus, ne prolixus sim. potius explicabo species a Marciano allatas d. l. 6. §. 3. Primas dat rebus sacris: dicens, tales esse quæ sunt publice consecratæ, non private. quomodo eas etiam definit Ulpianus l. 9. h. t. (opinor) in interpretatione Edicti, in l. 1. D. Ne quid in loco sacro, concepti in hæc verba: In loco sacro facere, inve eo immittere quid veto. est enim uterque locus ex eodem lib. 68. Ulpiani ad Edictum. Ait igitur d. l. 9. Ulpianus, in eo Edicto sacra loca esse ea, quæ publice sunt dedicata, sive in civitate, sive in agro. Publice autem est, publica auctoritate: ut olim jussu Populi ex Lege Papiria, teste Cicerone Pro domo, hodie permissu Principis l. ult. D. Ut in poss. leg. d. l. 9. §. 1. Justinianus §. 8. Inst. h. t. Sacræ, inquit, res sunt, quæ rite per Pontifices Deo consecratæ sunt. Rite autem, apud Festum in Sacer mons, est, quocumque modo atque instituto civitatis. Oportet igitur rem, ut sacra fiat, (id est, Divini juris: nam, apud Macrobiū lib. 3. Saturn. t. 3, Sacrum est, ut Trebatius refert, Quidquid est, quod Deorum habetur) esse rite & publice dedicatam. quod vero privatim dedicatur propria auctoritate, manere profanum, id est, privati juris, Justinianus ait d. §. 8. Optime Aelius Gallus, apud Festum d. loc. ait, sacrum esse, quocumque modo atque instituto civitatis consecratum sit, sive adis, sive ara, sive signum, sive locus, sive pecunia, sive quid aliud, quod Dīs dedicatum atque consecratum sit. quod autem privati suæ religionis causa aliquid earum rerum dedicerint: id Pontifices Romanos non existimare sacrum. at si qua sacra privata suscepta sunt, quæ ex instituto Pontificum statō die aut certo loco faciendæ sint: ea sacra appellari, tanquam sacrificium. ille locus, ubi ea sacra privata faciendæ sunt, vix videtur sacer esse. Sed, ut eo redeam, quia ait Prætor in superiore Edicto d. l. 1. In loco sacro facere, inve eum immittere quid veto: observat d. l. 1. §. 1. Ulpianus, Hoc interdictum de sacro loco, non de sacrario competere. indeque l. 9. §. 2. h. t. quæ conjungenda est cum d. l. 1. §. 1, ut ex Inscriptione jam ostendi, aliud est, inquit, sacer locus, aliud sacrarium. sacer locus est, locus consecratus. sacrarium est locus, in quo sacra reponuntur: quod etiam in aedificio privato esse potest: Et solent, qui liberare eum locum religione volunt, sacra inde evocare. Sic ille. Quid vero indigitet, docet V. Cl. Jacobus Rævar-dus lib. 2. Conjectan. c. 17. alia sententia V. Cl. Petri Fabri lib. 2. Semestr. c. 4. & potest uterque consuli, si cui tanti res sit. Interea quæram effectum loci consecrati. Est autem unus: quod Prætor vetat, quid in eo fieri, inve eum immittere d. l. 1. & si factum sit, jubet restitui, propter religionem l. 2. §. 19. D. Ne quid in loc. public. ait tamen Ulpianus d. l. 1. §. 2. quod Prætor vetat, Ne quid in loco sacro fiat, non ad hoc pertinere, quod ornamenti causa sit, sed quod deformitatis vel incommodi. Est & alter effectus consecrationis: ut res sacra habeatur extra commercium, eoque non recipiat æstimationem d. l. 9. §. ult. nec alienationem; in tantum, ut æde sacra facta, etiam diruto ædificio, quia locus sacer manet, l. 6. §. 3. h. t. ideo vānīre non possit l. 73. D. de contrah. empt. utique principaliter, nam per accessionem rei majoris res sacra alienari potest: ut veniet dicendi locus lib. 18. tit. 1. Imo Justinianus eam principaliter alienari sinit propter redemptionem captivorum d. §. 8. nec minus ob insignem famem, & grande æs alienum ecclesiæ, quod aliunde nequeat dissolvi, l. 21. Et anth. seq. C. de sacrosanct. eccles. Cæ-

Cæterum, etsi alienationem effugiat res sacra, obstante religione; si in hostium potestatem veniat, quia hostium sit jure belli, sacra esse definit. ut tamen liberata rursus hostili vi, quasi jure postliminii pristino statui restituatur l. 36. D. de religiosis.

Alter species rerum nullius Marciano l. 6. §. 2. h. t. est res religiosa. ejusque rei definitionem mox ipse subjicit §. 4. ibi sequente. quam exponam lib. xi. tit. vii. qui est De religiosis. hic tantum observabo, interesse inter locum sacrum & religiosum, etsi uterque sit divini juris. nam sacer locus dicitur dicatus Diis superis: religiosus Diis manibus, id est, inferis: ac superis tantum publice: inferis etiam private. nam mortuo illato in locum, statim mutatur jus loci, & ex privato fit religiosus: modo in suum quisque locum inferat mortuum, vel in alienum domini voluntate. est igitur locus religiosus non utique sacer: (non enim a Pontificibus rite Diis consecratur sepulchrum, magis fit privata mortui illatione) & tamen æque ac sacer divini juris habetur religionis causa, l. 1. h. t. & l. 1. D. de interdict. dictusque religiosus, quoniam fit aliquid, quod ibi homini facere non liceat. quod si faciat, adversus Deorum voluntatem fecisse videtur; ut apud Festum in Religiosum dixit Ælius Gallus: addens, sepulchra ab hac ratione etiam sacra & sancta appellari. Eodemque modo & sensu Ciceroni lib. 4. De republ. apud Nonium in Sanctitudo p. 582 legitur, Sic Pontificio jure sanctitudo sepultura. Et apud Gruterum Corp. Inscript. p. 867. Inscr. 5. Consecrata sepulchra religionis eorum causa.

Tertia species rerum nullius Marciano d. l. 6. §. 2. venit res sancta. dicitur autem ei l. 8. h. t. sanctum, quod ab injuria hominum defensum atque munum est. Ulpianus l. 9. §. 2. d. t. sic definit: Proprie dicimus sancta, que neque sacra, neque profana sunt, sed sanctione quadam confirmata: ut leges sancta sunt. sanctione enim quadam sunt subnixæ. quod enim sanctione quadam subnixum est, id sanctum est, etsi Deo non sit consecratum: & interdum in sanctionibus adjicitur, ut qui ibi aliquid commisit, capite puniatur. Sic Ulpianus, & obcurius; nisi referatur ad Edictum, quod est in l. 1. D. Ne quid in loco sacro. nam ad ejus interpretationem spectare totam l. 9. h. t. paulo ante indicavi. in eo igitur Edicto cum vetaret Prætor, aliquid fieri in loco sacro, inve cum immittere, quo ei damnum fiat: primum dixit Ulpianus, locum sacrum esse, Deo consecratum, eoque a profano distinctum. Difficultatem habebat, an sub loco sacro etiam sanctus contineatur, murus, verbi gratia, aut porta civitatis. movebat hinc: quod sancta proprie neque sacra, neque profana sunt: nam & exempta sunt commercio; & tamen non sunt Deo consecrata. contra movebat: quod sancta sunt sanctione quadam confirmata; & quod sanctione quadam subnixum est, id sanctum est, etsi Deo non sit consecratum. Hoc vero placuit Ulpiano: quia ut locus sanctus, qualis, ut dixi, murus & porta, proprie non sit divini juris, id est, sacer: quia non est Deo consecratus: tamen quodammodo divini juris, id est, instar sacri, jure civili habetur, auctore Gajo l. 1. h. t. & Justiniano §. 10. Inst. d. t. & inde confundi aliquando ea verba, etiam Ælius Gallus confitetur, apud Festum in Religiosus. hac igitur ratione voluit Ulpianus, sub loco sacro in Edicto etiam sanctum comprehendendi: arbitratus, convenire Prætoris menti; ne minus sancta, quam sa-

cra loca violentur: cum præsertim sancta vocentur, quæ sanctione quadam sunt confirmata. additque Ulpianus, hoc placere usque adeo, ut in sanctionibus interdum adjiciatur: ut qui ibi aliquid commisit, capite puniatur. Tale evenit in muris & portis civitatis, quos Justinianus d. §. 10. ideo sanctos dici refert: quia pœna capitis constituta est in eos, qui aliquid in muros deliquerunt. Exemplum adfert Pomponius l. ult. h. t. his verbis: Si quis violaverit muros, capite puniatur: sicuti si quis transcendet scalis admotis vel alia qualibet ratione. nam cives Romanos alia, quam per portas egredi non licet. Omnes libri habent, egredi. sed apud Græcos Basilic. lib. 46. tit. 1. tom. 6. pag. 164. est, ingredi, forte melius: quamquam apud Scholiastem est, egredi. Verum in l. 3. §. 17. D. de re militari similiter est, ingredi. facitque etiam huc, quod Pomponius d. l. ult. causatur, esse illud hostile atque abominandum. Hoc tamen in medio relinquo. Illud miror, a tot seculis adhuc credi a Doctissimis Viris, hanc definitionem spectare tantum ad muros Urbis Romæ: non etiam ad muros municipiorum. primum enim nil distinguit Justinianus d. §. 10. contra simpliciter loquitur de muris & portis. deinde legimus apud Festum in Religiosus, Sanctum murum qui sit circa oppidum. Etiam ait Marcianus l. 8. §. 2. h. t. Cassium referre, In municipiis quoque muros esse sanctos, Sabinum recte respondisse. Sancti igitur appellatio ex Sabini sententia tam accipi debet in municipalibus muris, quam in muris Urbis Romæ: quia, ut Marcianus ait, in municipiis quoque muros sanctos esse, Sabinus respondit: id est, non tantum in Urbe, sed etiam in municipiis. ac de his cogitasse Ulpianum d. l. 8. §. 3. satis apparet ex sequente §. 4. Sit ita: at sunt sanctitatis gradus. Ego vero non animadverto causam; cur in proposito muri Urbis Romæ a municipalibus muris sanctitate disternerentur. Non me fugit, Romam esse Imperii sedem, eoque esse majorem ejus, quam municipiorum dignitatem. at hac quæstione non dignitati Urbis consultur; sed securitati Imperii: nempe, ne adversus eam quid hostile cogitetur transensione murorum vel Urbis, vel municipiorum. Est enim (ut Vitruvius ait lib. 1. De architect. c. 3.) Defensionis murorum turriumque & portarum ratio, ad hostium impetus perpetuo repellendos excogitata. Et ad rem Cicero lib. 3. De Nat. Deor. c. 40. Est mihi tecum pro aris & focus certamen, & pro Deorum templis atque delubris, proque urbis muris, quos vos Pontifices sanctos esse dicitis, diligentiusque urbem religione, quam ipsis mœnibus cingitis. Hac igitur causa Pomponius d. l. ult. Si quis, inquit, violaverit muros, capite puniatur: sicuti si quis transcendet scalis admotis vel alia qualibet ratione. nam cives Romanos alia, quam per portas egredi non licet, cum illud hostile & abominandum sit. Eodem modo apud Modestinum l. 3. §. 17. D. de re militari, Si quis vallum transcendat, aut per murum castra ingrediatur, capite puniatur. Non majoris momenti fuerit, si quis putet, Pomponium d. l. ult. nominatim loqui de Urbe Roma: eo quod loquitur de civibus Romanis. Nec tamen pro me adferam, omnes, qui in Orbe Romano sunt, cives Romanos esse. Id enim numquam somniavit Pomponius: illo jure, cum is vixit, nondum cognito, & diu post ejus mortem introducto a Caracalla: ut alibi monui. Verius dicam; quod vel ante eam Constitutionem, tam in municipiis, quam Romæ habitabant cives Romani, quin, si concedam, Pomponium d. l. ult. loqui de

Urbe Roma: non ideo liceat alicui inde facere argumentum a contrario; quasi proinde in municipiis inve aliis; quam civibus Romanis, aliud jus sit: cum præsertim in doctrinis Jurisconsultorum talia argumenta plerumque falsa sint: solitis Jurisconsultis suas definitiones sæpe exemplo illustrare; nec ideo eas restringere.

At (revertar enim in viam) quemadmodum pœna capitalis est posita muros transcendentibus; quod dixi visum esse hostile: ita si in mures admittatur aliud, quod non sit hostile, etsi muris adferat damnum aut incommodum *l. 2. D. Ne quid in loco sacro*; id quidem non est permittum: sed non idcirco vindicatur capitali pœna. tantum agitur tum interdicto, ut factum restituatur *l. 2. §. 19. D. Ne quid in loco publico*: nec minus lege Julia de peculatu in quadruplum *l. 6. §. ult. l. pen. D. Ad leg. Jul. de peculatu*, aut ad deportationem *l. 3. D. eod. tit.* Atque huc forte respicit illud Ulpiani *l. 11. eod. tit. Qui perforaverit muros vel inde aliquid abstulerit, peculatus actione tenetur.* Nisi malis hoc accipere de muris alicujus sacræ ædis. Quidquid est: conjungenda *d. l. 11.* est cum *d. l. 9. §. 3*: quando utraque est ex eodem Ulpiani *lib. 68.* Ad Edictum: sicut quoque *l. 1. D. Ne quid in loco sacro*: & omnes pertinent ad interpretationem Edicti ibi propositi.

Postrema rerum species apud Marcianum *l. 2. h. t.* constat rebus singulorum, hæ vero sunt privaræ, id est, in patrimonio, seu dominio, privato. estque dominium (quod addam obiter) jus pro arbitratu de re disponendi, præterquam si quid vi aut jure prohibeatur. nec male Constantinus, suæ, inquit, quisque rei moderator atque arbiter, non omnia negotia, sed pleraque, ex proprio animo facit *l. 21. C. Mandati*. Nimirum utitur vel abutitur suis quisque ita, ne ab alio impediri privato jure possit. contra potest a suo arcere alium æque privatum *§. 12. Inst. h. t.* cæterum habet respublica jus eminens in personas & in bona singulorum pro tuenda omnium utilitate: quia in civilem societatem coeuntes, communis libertatis tuendæ gratia, consentire intelliguntur in omnia sine quibus finis quem sibi proposuerunt omnes, obtineri a civitate nequit. Hoc jure adimitur pupillo, prodigo, furioso, aliisque, bonorum suorum administratio, ad ipsorum perniciem evasura: cum ipsorum interfit, ne id fiat: nec minus expediat reipublicæ; nere sua quis male utatur *§. ult. Inst. de his qui sui vel alien. jur. sunt.* Privatum dominium (nam in eo singulorum res sunt) olim fuit vel Quiritarium vel bonitarium: ut ex Ulpiani *Fragmentis tit. 1. §. tit. 19.* intelligitur: sed ea differentia a Justiniano sublata *l. unic. C. de nud. jur. Quirit. tollendo*, hodie est dominium simplex. sed quod potest haberi vel plene; cum nulla abest pars: vel minus plene; cum aliqua abest, ut ususfructus aut jus simile. posteriore modo dicitur dominium esse duplex: aliud directum, aliud utile. dominium directum vindicatur directa in rem actione: utile vindicatur actione in rem utili. in hoc agnoscit quis alium dominum, in illo non. exemplum utriusque in emphyteusi, & superficie. nec resistam volenti his nominibus docendi causa uti. non enim potest negari, quin res in jure sit: etsi nomina directi & utilis dominii nusquam extent apud Veteres. dixerunt illi directam in rem actionem, & utilem in rem actionem. utile & directum dominium dixerunt numquam. quin quod vulgo vo-

catum dominium directum, illi simpliciter appellaverunt dominium; & quod dicitur utile, illi jus in re, vel jus dominio proximum, id est, dominio simile, nominaverunt *l. 19. D. de damno infecto*. Sit igitur, volentibus loqui cum Veteribus, vel dominium vel jus in re. Interpretes his non contenti, præterea faciunt jus ad rem, diversum a jure in re: arbitrati, jus ad rem esse obligationem. meo judicio, imperite. nam obligatio contracta ex empto, verbi gratia, inter emptorem & venditorem, non est jus ad rem venditam, sed jus ad personam venditoris. & habeo argumentum clarum ac certum: quod non res de qua contracta est empti obligatio, ea tenetur: sed persona venditoris, re libera. ita potest illa tradi tertio nova ex causa. nec tamen poterit hic a priore emptore eo nomine conveniri: tantum nata illi ex empto actione adversus personam venditoris *§. 1. Inst. de action. l. 3. D. de oblig. & act.* nulla adversus rei possessorem actione in rem, at hoc ultro apparet; nec addo plura.

Potius investigabo, quibus modis dominium adquiratur. Fit hoc dupliciter, vel jure gentium, vel jure civili. Primum jure gentium; ut occupatione, accessione, specificatione, commixtione, confusione, & traditione. Hi enumerantur. passim: nec reprehendo; quamquam malim, omnes redigere ad unum, id est, ad occupationem; & cæteros habere pro ejus exemplis: ut suo loco demonstrabitur. Modi acquirendi dominii jure civili similiter sunt duplices: alii universales, alii particulares: universales sunt, aditio hereditatis, agnitio possessionis bonorum, arrogatio, & additio bonorum libertatum conservandarum gratia. Particulares modi sunt, usucapio, donatio, non omnis, sed mortis causa, item legatum & fideicommissum particulare *§. ult. Inst. Per quas person. cuiq. adq.*

Præter rerum divisionem quæ est Marciani *l. 2. h. t.* est in *l. 1. §. 1.* ex Gajo sequens: quod quædam res sunt corporales, quædam incorporales. corporales tangi possunt. incorporales non possunt. corporales sunt vel immobiles, vel mobiles, vel se moveantes. immobiles sunt res soli, vel solo cohærentes: ideo sic dictæ; quia nisi solutæ, non possunt de loco in locum moveri: cum mobiles de loco in locum integræ moveri possint. igitur etiam se moveantes his non male annumerantur *l. 93. D. de verb. signif.* quia se ipsæ de loco movent in locum, quod si res natura mobiles, ita junctæ sint immobilibus, ut habeantur ejus partes; vel in his sint perpetui usus causa: & ipsæ immobilibus annumerantur *l. 242. D. d. t. l. 13. §. ult. §. legib. seqq. D. de act. empt.* Res corporales rursus sunt vel corpora in specie, vel quantitates. corpora vocantur quæ in commercio æstimantur suo corpore; eoque demum functionem recipiunt. quare nec alterum pro altero solvi potest invito creditori: ne melius quidem pro deteriore; siquidem in ea cadit affectus plerumque melioris: aliquando deterioris. quantitates appellantur quæ pondere, numero, aut mensura continentur *l. 30. D. de legatis lib. 1*; id est, habent quidem corpus: sed in commercio non tam eo, quam quantitate, id est, pondere, numero, aut mensura, æstimantur. illæ quoque quia non habent usum, nisi consumptione, functionem suam potius in genere, quam in specie, per solutionem accipiunt; quum præsertim in his nullus sit affectus, & præterea nihil interfit creditoris,

toris, utrum hanc, an illam, accipiat: modo eamdem habeat quantitatem, & æque bonam *l. 2. §. 1. D. de reb. credit.* Res incorporales Ulpiano *l. 7. D. de except. rei judic.* appellantur jura. Gajus *d. l. 1. §. 1. h. r.* ait, eatangi non posse, & consistere in jure: id est, in intellectu. & pro exemplis adfert hereditates, obligationes, & servitutes cum prædiorum urbanorum & rusticorum, tum personarum, ut est ususfructus, usus, & habitatio. Exposui Gaji divisionem: quam Ulpianus *d. l. 7.* breviter exprimit: dicens, quod omnes res aut sunt corporales aut quantitates, aut jura.

TITULUS IX.

De Senatoribus.

EX tribus juris objectis quæ supra posui Titulo v, restat tertium, quod est de actionibus, quibus suæ quisque personæ, vel suarum rerum, jus tuetur. dicitur autem actio ab agendo: quod actor a reo aliquid in judicio petit; sive quod ibi cum illo tractat de aliqua re danda vel facienda. nam agere cum aliquo inter alia significat petere, sive tractare de dando vel faciundo. Hac ratione definitur actio, jus persequendi in judicio, quod sibi debetur *pr. Inst. de actionibus.* Suadeam autem, vocem, *debere*, in ea definitione accipi latius. nam proprie quis dicitur debere id, ad cuius præstationem suo facto obligatur. hic etiam debere dicitur, qui tenetur facere vel restituere, quamvis se ad id non obligaverit *l. 178. §. 3. D. de verb. signif.* ita tam in rem, quam in personam, actio hac definitione continetur. Judicium porro, ut hoc addam, est legitima causæ disceptatio inter actorem & reum apud competentem judicem vel litis finienda vel maleficii puniendi gratia. Id suo tempore liquebit. Nunc quod hujus loci est, agam de Magistratibus, & eorum officiis, quatenus jurisdictione æstimantur: sed non ultra, quam res postulat. Oportebat enim litigaturum actionem & judicem a Magistratu, cuius jurisdictio erat, impetrare. Erat autem Magistratus, persona publica, quæ juri dicundo præest. ita Magistratum definit

Pomponius *l. 2. §. 13. D. de origin. jur.* Igitur Senatores non erant Magistratus: sed ex illis eligebantur Magistratus. magisque erat Senatus velut seminarium Magistratum: quamquam Augustus & deinde Claudius etiam Equestribus cum in Urbe, tum in Ægypto, & aliis in provinciis, jurisdictionem detulere, contra veterem morem: ut multis observat Tacitus *lib. 12. Annal. c. 60,* & ibi Lipsius, *Excurs. B.* Atque hæc ratio, cur hic Titulus sit De Senatoribus. non enim intendit ad ea quæ in Senatu tractentur; nec magis agit de judiciis; (et si multis de causis judicabat Senatus jam inde a Tiberii principatu: ut notat Tacitus *lib. 4. Annal. c. 15.*) sed de dignitate Senatoria: ad quam pleraque hujus Tituli loca spectare, vel sola inspectio indicat. qui porro dicantur Senatores, ita definit Ulpianus *l. 12. §. 1. h. r. Senatores accipiendum est eos, qui a patriciis & Consulibus usque ad omnes illustres viros descendunt: quia hi soli in Senatu sententiam dicere possunt.* Aliquem offendant prima verba, Senatores accipiendum est eos. Sed nihil damnandum esse, ostendi *De pact. & transact. c. 25.* Satis de Senatoribus, quantum ad institutum hujus Tituli. alia si quis desideret; consulat Manutium, & Zamoscium, quorum libri, *De Senatu Romano*, omnibus noti sunt.

TITULUS X.

De Consulibus.

SED revertor ad Magistratus. hi vel majores, vel minores sunt *l. 32. D. de injuriis & l. 2. D. de in jus vocando.* alii Urbani, alii Provinciales. illi proprie & vere Magistratus. hi pro Magistratibus funguntur. inde Pro Consule, & Pro Præatore appellantur: cum in Urbe Consules & Prætores dicantur: ut notabo *lib. 2. Tit. 2.* Ex Urbanis & majoribus Magistratibus primæ sunt partes Consulum: qui substituti Regibus, ab initio regiam potestatem habuere. tantum fuit differentia: quod Consulum potestas erat annua, cum Regum esset perpetua; item quod pro uno Rege erant duo Consules; cætera pares Regi. habebant enim imperium non modo mixtum, sed merum quoque; donec lege Valeria factum est; ut ab eis provocatio esset; neve possent in caput civis Romani animadvertere. solum relictum est eis, ut coercere possent, ut in vincula publica duci juberent *l. 2. §. 16. & 23. D. de orig. jur.* Igitur retinuerunt civilem jurisdictionem: fuitque hæc deinde communicata cum Præatore: quod Consules advocarentur bellis finitimis; neque esset, qui in civitate jus reddere posset *d. l. 2. §. 27.* Sed non idcirco illi defuerunt jus dicere veteri more: ne mutata qui-

dem republica. Et est insignis error existimantium, Consulum officium jure Pandectarum manumissionibus, adoptionibus, & emancipationibus, id est, actibus voluntariæ jurisdictionis, terminari. Non inficior, in *l. univ. h. r.* tantum fieri eorum mentionem. sed inde colligere, ergo hos solos actus exerceri a Consulibus, fuerit hominis solum quod ante pedes sit, videntis. an cui fas est ignorare, quod liquet ex Indice Pandectarum, Ulpianum De officio Consulis libros scripsisse tres: quorum Fragmenta, quæ in Pandectis sunt, collegit Jacobus Labittus. ex his apparet, Consules non modo exercuisse actus voluntariæ jurisdictionis, ut illi putant; sed etiam cognovisse de aliis multis: puta de alimentis parentum, liberorum, libertorum, ac patronorum *l. 5. D. de agnosc. & alim. liber. l. 2. D. de alim. vel cib. legat.* item de ingenuitate & libertinitate *l. 14. D. de probat. etiam de collusionem detegenda l. 2. D. de collus. deteg.* nec minus de tutelis *l. 17. D. de tutel. & rat. distr.* aliisque publicis muneribus *l. 9. D. de muneribus.* præterea de servitutibus prædiorum *l. 11. D. de serv. præd. urb. & fideicommissis l. 27. D. de reb. ant. judic. possid.* de quibus etiam testatur Ul-

Ulpianus, *Fragm. tit. 25. § xi*: utique, si majoris summæ sit fideicommissum: ut ex Quintiliano observat Cujacius *lib. 21. Observ. c. 34*. Molestus forem, si vellem adferre omnia: non omitam tamen, quod & Judices fuisse a Consulibus datos, apparet ex *l. 32. D. de judiciis, § 1. 99. D. de verb. sign. fuit & quæsitum de executione sententiæ, formaque ejus l. 15. D. de re judic. quæ omnia ab actibus voluntariæ jurisdictionis longe remota sunt. Sed manifeste de Claudio Suetonio in ejus vita, c. 14. *ius*, inquit, & Consul & extra honorem laboriosissime dixit. id est, in Consulatu tamquam Con-*

sul; & extra eum honorem tamquam Imperator.

Non admonerem hic, nisi ordo materiæ exigeret, Consulatum, qui annuus erat libera republica, ea mutata non semper fuisse annum: quin plerumque prioribus Consulibus remotis post breve tempus, substitutos fuisse novos. inde quosdam ordinarios, alios suffectos, appellari solitos. illos dedisse anno nomen, hos non æque; eoque in jure nostro aliquoties nominari Consules, qui in Fastis non reperiuntur. sed hæc mitto sunt enim dudum annotata a D. Vinnio ad §. 4. *Inst. de fideicom. hered. & aliis*.

TITULUS XI.

De Officio Præfecti Prætorio.

PRÆFECTUS Prætorio, qui item habetur Magistratus Urbanus & major, sic appellatus: quod præesset Prætorio sive Prætorio castro; ut est, in *Corpore Gruteri pag. 183. Inscript. 1. 2. 3. 10. & 11*. significantur autem hoc nomine cohortes Prætoriae, in unis castris apud Romam extra portam Viminalem tendentes. unde qui Præfectus Prætorio dicitur, alias Præfectus Prætorii cohortibus vocatur apud Suetonium, *Caligul. 2. 12*, & Tacitum *lib. 4. Annal. c. 1*. Erat vero hic Magistratus initio non Senatorius, sed Equestris, (auctore Suetonio, *Tito c. 7*, & ibi Torrentio) electus a Principe ad similitudinem Magistri equitum, olim proximum a Dictatore locum obtinentis: quemadmodum Præfectus Prætorio secundam a Principe personam sustinebat. erat igitur ejus potestas, ut ex Tacito *d. lib. c. 2. & lib. 6. c. 8. Annal.* constat, militaris & modica; sed paulatim crevit. Aurelius Arcadius *l. unic. D. h. t. ait*, plenior potestatem ei datam ad disciplinæ publicæ emendationem accepit sane jurisdictionem etiam in civilibus causis *l. 40. D. de reb. cred. nec minus in criminalibus l. 1. §. 4. D. de legat. lib. 3*: & quidem tantam, ut ab ejus sententia appellari non posset: credente Principe, eos, qui ob singularem industriam, explorata eorum fide & gravitate, ad hujus officii magnitudinem adhibentur, non aliter judicaturos, pro sapientia ac luce dignitatis, quam ipse foret judicaturoid *d. l. unic. §. 1*. Subnixa dicuntur Præfecti Prætorio etiam alio privilegio: ne a sententiis eorum mi-

nores ætate ab aliis Magistratibus, nisi ab ipsis Præfectis Prætorio, restitui possint *d. l. unic. §. 2. l. 17. D. de minoribus*. Non minus notabile est, quod cuidam Restituto sic rescripsit Alexander *l. 2. C. de Præfect. Prætor. Orientis*, Formam a Præfecto Prætorio datam, etsi generalis sit, minime legibus & Constitutionibus contraria, si nihil postea ex auctoritate mea innovatum est: servari æquum est.

Cæterum, etsi Titulus habet, De officio Præfecti Prætorio: fuere plerumque duo, nec tamen semper is fuit numerus, nam aliquando unus fuit; aliquando tres. Constantinus fecit quatuor, unum jussit præesse Orienti, alterum Illyrico, tertium Italiæ, quartum Gallis: & singulis diœceses definivit ingentes: translato ab eis ad Magistros militum omni in milites imperio.

Hæc ego brevius, plura desideranti licebit addire P. Fabrum *lib. 1. Semest. c. 1. 2. & 3*, & in primis Jacobum Gutherium *lib. 2. De officiis domus Augustæ c. 1. & seqq.* Sed hæc sufficiunt fini hujus Tituli,

Solum adhuc monebo; quod Præfecto prætorio adjunctus plerumque fuit Vicarius;

de quo aliquid dixi *lib. 2. De jurisdict. & imp. c. 1*.



TITULUS XII.

De Officio Præfecti Urbis.

PRÆFECTUM Urbis, qui fuit Urbanus Magistratus, & major, institutum ab Augusto fuisse, refert Tacitus *lib. 6. Annal. c. 11.* fuisse tamen ait etiam sub Regibus & deinceps Præfectos Urbis, sed temporaneos, & fere Latinarum feriarum causa, vel per absentiam Regis aut Consulum, at quem Augustus fecit, ejus continuam fuisse potestatem, ac primum coercuisse servitia, & si quod civium audacia turbidum, nisi vim metuat. postea aucta ejus potestate, habuit integram jurisdictionem, cum civilem, tum criminalem, intra Urbem, & terminos Urbis, usque ad centesimum lapidem. aitque Ulpianus, id declarari epistola Divi Severi ad Fabium Chilonem, Præfectum Urbis, in cujus initio ita scriptum est: *Cum Urbem nostram fidei tua commiserimus l. 1. pr. & §. 4. item l. ult. h. t.* ultra centesimum lapidem non Præfecti Urbis, sed Præfectorum Prætorio fuisse cognitionem, idem scribit Ulpianus *Collat. Leg. Mosaic. & Roman. tit. 14.* Cæterum ante institutum Urbis Præfectum, electi quotannis a Populo fuere Quæstiores, qui quæstiones publicas exercerent, veluti de falso, de parricidio, de sicariis *l. 2. §. 32. D. de origine juris,* & similibus: neque hi, propter Urbis Præfectum, statim desierunt de his cognoscere, quin integrum fuit accusatori, reum aut hic, aut illic deferre: donec Senatusconsulto vetaretur. auctor Tacitus *lib. 14. Annal. c. 41,* his verbis. *Pari ignominia Valerius Ponticus afficitur, quod reos, ne apud Præfectum Urbis arguerentur, ad Prætores detulisset, interim specie legum, mox prævaricando ultionem elapsurus, additur Senatusconsultum: Qui talem operam emptisset, vendidissetve, perinde poena teneretur, ac si publico judicio calumnia condemnatus.* Hoc interfuit inter Quæstiores & Præfectum Urbis, quod Quæstiores ex legibus jure & ordine judicarent, jurati in verba legum. Quintilianus, *Declam. 338. parte altera.* *Habent ea (publica judicia) suam formam, suum judicium, suum numerum, suum Quæstorem, sua tempora, sua nomina.* Præfectus Urbis extra

ordinem cognoscebat ex Mandatis Principis *l. 1. §. ult. D. de poenis.* illi de facto judicabant, poena legi servata; ut est apud Papinianum *l. 15. D. Ad municipal.* Contra licet huic, qui extra ordinem de crimine cognoscit, quam vult sententiam ferre, vel graviolem, vel leviolem: ita ut utroque modo rationem non excedat *l. 13. D. de poenis.* Omnia igitur omnino crimina Præfectura Urbis sibi vindicavit *l. 1. h. t.* eoque, quidquid intra Urbem admittitur, ad Præfectum Urbis videtur pertinere: sed & si intra centesimum milliariū admissum sit, ad Præfectum Urbis pertinet: nullo discrimine, utrum ordinarium crimen sit, an extraordinarium. non opus enarrare species: possunt videri *l. 3. §. 1. D. de offic. Præfect. Vigil. & l. 1. §. 5. & 9. 10. 14. h. t.* Similiter ad officium Præfecti Urbis pertinet cura carnis omnis, ut justo pretio præbeatur, & forum suarium & cæterorum pecorum sive armentorum, quæ ad hujusmodi præbitionem spectant *d. l. 1. §. 11.* Nec minus quies popularium & disciplina spectaculorum *d. l. 1. §. 12.* nam & hoc convenit verbis epistolæ, *Cum urbem nostram fidei tua commiserimus.* Non minus his consequens est, ut etiam concessa Præfecto Urbis videntur omnia, quæ ad ea obtinenda sint necessaria *d. l. 1. §. 12 & 13.* Ea certe venisse omnia ex epistola D. Severi ad Fabium Chilonem, intelligitur ex *l. 6. §. 1. D. de interd. & releg.* inde liquet quoque, eum habere jus deportandi. Illud in transcurso notabo: quod ut in superioribus tantum fiat mentio epistolæ D. Severi, tamen fuisse epistolam D. Severi & Antonini. id didici ex *l. 1. §. 4. D. de legat. lib. 3.* quod & alibi evenit. sic Inscriptio *l. 2. C. Ut in possess. legat. habet, Divus Marcus Stratonica:* fuisse tamen id Rescriptum D. Marci & D. Commodi, apparet ex *l. 7. C. eod. tit.* Interest & hoc sciri: quod Præfectus Urbis plerumque habet Vicarium, qui ex ejus mandato aliquando exerceat etiam merum imperium. sed de hoc egi *lib. 2. De jurisdict. & Imper. c. 1. & 6.*

TITULUS XIII.

De Officio Quæstorum.

EX minoribus Magistratibus occurrunt hic Quæstiores: dicti ab eo, quod inquirendæ & conservandæ pecuniæ publicæ gratia crearentur; ut Pomponius refert *l. 2. §. 22. D. de orig. jur.* hanc originem eis creandis fuisse, & antiquissimam, etiam Ulpianus confirmat *l. unic. pr. & §. 1. h. t.* addit, ab initio quidem fuisse in Urbe; sed deinde aliquos etiam Provincias esse sortitos; idque ex Tacito quoque intelligitur *lib. xi. Annal. c. 22.*

Præter hos fuere alii Quæstiores, qui præerant capitalibus rebus, hi Quæstiores parricidii appellati *d. l. 2. §. 23.* iisque addebatur aliquando Judex quæstionis: de quo egi *lib. 2. De jurisdict. & Imper. c. v.*

Præterea fuere Quæstiores, qui dicebantur Candidati Principis; hi non sortiebantur provincias, neque præerant pecuniæ publicæ, neque magis capitalibus causis. solis vacabant libris Principali-

bus, id est, orationibus & epistolis Principis in Senatu legendis: illi erant plerumque homines docti, sed plebeji, eoque non habebant jus ingrediendi Senatum. ut vero hoc acciperent; dabat illis Princeps titulum Quæstoris: qui erat ingressus & quasi primordium gerendorum honorum, *d. l. unic. §. 2. & 3.*

De officio Quæstoris Ulpianus scripsit librum singularem. hoc liquet ex Inscriptioe *d. l. unica,* & ex Indice Pandectarum: unde restituendam esse Inscriptioem *l. 3. D. de jurisdictione,* dudum vidit Russardus, & in *Paratitlis* Cujacius. Ejus tamen libri Fragmenta in Pandectis non extant plura. Fuisse autem aliqua minora Quæstorum judicia, auctor est Alconius Pedianus, in *Divinat. in Verr.* verbis sequentibus. *Alii alienum non nomen proprium putant esse, sed alienum & alterius judicii, & non ex auditorio Prætoris, majorumque causarum, sed a subsellis, hoc est,*

est, non a tribunalibus. sunt enim subsellia Tribunalium, Triumvirorum, Quæstorum, & hujusmodi minora judicia exercentium, qui non in sellis curulibus, nec in tribunalibus, sed in subsellis confidebant. Habuerunt igitur Quæstores quædam judicia, sed minora, atque ipsa sine vocatione aut apprehensione. opportune id observat A. Gellius lib. 13. Noct. Attic. c. 12. eoque non oportet cum his confundi hoc Ciceronis ex Divinat. c. 17: Ubi hoc Quæstor Cæcilio, viro optimo, & homini iustissimo nuntiatur, vocari ad se Agonidem jubet: judicium dat statim, si pareret, eam se & sua Veneris esse dixisse. judicant recupera-

tores id, quod necesse erat. neque enim erat cuiquam dubium, quin illa dixisset. iste in possessionem bonorum mulieris mittit: ipsam Veneri in servitutem adjudicat: deinde bona vendit: pecuniam redigit. Confundit hæc Cujacius, Parat. h. t. sed manifeste resistunt ante scripta: & jus dixisse Cæciliam non suo jure, sed ex mandato Verris Prætoris, hoc verisimilius est; quod & Cælaem, cum ei Quæstor posterior Hispania obvenisset, Prætoris mandatu Conventus juredicundo circumiisse, Suetonius memorat in ejus vita c. 7.

TITULUS XIV.

De Officio Prætorum.

PRÆTORUM appellatio generalis est, omnes continens Magistratus, qui præeunt jure aut exercitu: ut notum ex Varrone, lib. 4. De ling. Lat. & Novell. 24. & 25. Hic accipitur Prætor pro Magistratu, qui præest jurisdictioni. ejus constituendi causam tradit Pomponius l. 2. §. 27. D. de orig. jur. ait enim, cum Consules avocarentur bellis finitimis, neque esset, qui posset in civitate jus reddere; creatum fuisse Prætorem, qui Urbanus appellatus est: quod in Urbe jus redderet. deinde eo non sufficiente, quod multa turba etiam peregrinorum

in civitatem veniret; creatum esse & alium, qui Peregrinus appellatus est ab eo, quod plerumque inter peregrinos jus diceret. §. 28. d. l. addit, hic postea Prætores etiam alios accessisse diversis occasionibus: itaque factum esse, ut tandem decem & octo Prætores in civitate jus dicerent §. 32. d. l. Ab hac causa hic Titulus Florentiæ habet, De Officio Prætorum: quamvis in aliis libris est, De Officio Prætoris. De jurisdictione, qua censetur omnium Prætorum Officium, scripsi duos libros, nec plus addo.

TITULUS XV.

De Officio Præfecti Vigilum.

INTER minores Magistratus Urbanos fuit Præfectus Vigilum. de cujus Officio scripsere Ulpianus & Paulus. indicat id Inscriptio l. 1. 2. 3. h. t. nec minus, a quo, & qua ratione inventus is Magistratus fuerit. Pars Officii ejus describitur d. l. 3. §. 1. & seqq. ibi quæ sint Horrea, ab homines pretiosissimam partem fortunarum suarum deponunt, dixi lib. 4. Probabil. c. 3. In d. l. 3. §. ult. fit mentio Capsariorum, qui mercede servanda in balineis vestimenta suscipiunt. de his aliqua Cujacius lib. 5. Observ. c. 8. In l. 4. injicitur mentio Insulariorum: quos attingit l. 166. & l. 203. D. de verb. signif. sunt autem hi servi insularum custodes l. 16. §. 1. D. de

usu & habit. quod & placet Collegæ meo, P. Burmanno V. CL. Notis ad Petron. c. 95.

Omnis Præfecti Vigilum coercitio subsistit intra fustes & flagella l. ult. h. t. fustes adversus homines liberos, & flagella adversus servos l. 10. D. de pœnis. l. ult. D. de injuriis. quod si facti atrocitas capitis animadversionem desideret: cessant partes Præfecti Vigilum; & succedit imperium Præfecti Urbi: ad quem remitti jam reum, sive homo liber, sive servus sit, Paulus d. l. 3. §. 1, & Ulpianus l. ult. h. t. declarant. At obstat Pomponius l. pen. D. de condict. caus. dat. caus. non sequunt. Sed corruptus locus, & a me restitutus lib. 2. Probabil. c. 5.

TITULUS XVI.

De Officio Proconsulis & Legati.

A Magistratibus Urbanis transeo ad Provinciales. in quibus primus occurrit Proconsul, Magistratus major, idem Senatorius, & initio tantum Consularis. nam Consules, finito anno Consulatus, in Provinciam mittebantur cum imperio consulari: etsi usu invaluerit; (quod annotavit Reinesius, ad Inscriptiorem 26. Class. 2. p. 270, & Salmasius ad Vopiscum, Probo c. 13.) ut etiam alii cum ea potestate missi, Proconsules dicerentur, quamvis Consules non fuissent. in primis id, si audimus Dionem lib. 53, obtinuit post divisionem Provinciarum ab Augusto factam. Obtingebat porro sua cuique Provincia sorte: ut notum, & meminit Paulus l. 36. §. 1. D. de adopt. Insignia Proconsularia sex fasces fuisse, Ulpianus ait l. 14 h. t. Dion vero d. loc. tot habuisse, quot in Urbe habere eis per leges liceret. Uterque in eo consentit, Proconsulem hæc accepisse statim, atque urbem egrederetur, nec minus ju-

risdictionem, maxime voluntariam. contentiosam enim exercebat demum, postquam venerat in Provinciam l. 1. & 2. h. t. Cæterum quæ erat ejus jurisdictio, hæc dicitur jurisdictio plenissima: sub eaque appellatione partes omnium, qui Romæ vel quasi Magistratus, vel extra ordinem jus dicunt, ad ipsum pertinere l. 7. §. ult. h. t. & l. 8. additur, Proconsulem ideo majus imperium in ea Provincia habere omnibus post Principem: nec quidquam esse in Provincia, quod non per ipsum expediatur. sane si fiscalis pecuniaria causa sit, quæ ad Procuratorem Principis respicit, melius facturum, si abstineat l. 9. h. t. quod quid sit, exponam infra sub Tit. De offic. Procur. Caesaris.

Proconsuli addebatur Legatus a Senatu, sæpe a Principe. vid. Lamprid. Alexand. Sever. c. 46, & Vopisc. Probo c. 13. ibique in Notis Salmasium. Utrumque tamen esset constitu-

stitutus; nihil proprium habuit, antequam ei a Proconsule mandaretur jurisdictio *l. 13. h. t.* nec magis propriam accepit, cum mandaretur; nisi quid, ut tutela, ei specialiter lege deferretur. alioquin non dabit lex principaliter mandatam jurisditionem; sed mandatam confirmabat. ita Legatus proprium nihil habet, sed Proconsulis qui mandavit, jurisditione utitur *l. 1. §. 1. D. de offic. ejus cui.* Plane poterat Proconsul eam mandare, vel non mandare. erat enim hoc in arbitrio ejus *l. 6. §. 1. h. t.* quod miror negasse Cujacium *lib. 7. Observ. c. 21.* Non minus licebat Proconsuli, Legato adimere mandatam a se jurisditionem: non tamen inconsulto Principe *d. l. 6. §. 1.* Illud nescio an addam, quod jurisditionem mandare demum potest Proconsul provinciam ingressus: ante non potest. est enim perquam absurdum, antequam jurisditionem ipse nanciscatur, (non enim prius ei competit, quam in provinciam venerit) alii eam mandare. sed & si ante fecerit, & ingressus Provinciam, in eadem voluntate fuerit; credendum est, Legatum habere jurisditionem, non exinde ex quo manda est, sed exinde ex quo Provinciam Proconsul ingressus est *l. 4. §. ult. h. t.* potest tamen Proconsul aliquando, etsi nondum in provinciam pervenerit, jurisditionem mandare. quid enim, si necessariam moram in itinere patitur, maturissime autem Legatus in Provinciam perventurus sit? *l. 5. h. t.* Accepit igitur Legatus jurisditionem ex mandato Proconsu-

lis, nec tamen omnem: sed eam quam Proconsul habebat jure Magistratus. nam si quam habebat extra ordinem jure speciali delegationis: hæc non poterat mandari; nec mandata jurisditione transibat *l. 1. D. de offic. ejus cui.* Hac ratione quæsitum, an quis apud Legatum Proconsulis possit manumittere, aut adoptare: item, an ipse tutores dare, aut merum imperium exercere possit? sed quia de his omnibus egi *lib. 2. De jurisditione & imperio*, parcam supervacuo labori. Caterum ut mandatam jurisditionem habuerit Legatus: non idcirco negem, inter eum & alios mandatarios fuisse differentiam quam ex *l. 2. & l. 1. D. Quis a quo appellatur* annotavit Cujacius *d. lib. 7. Observ. c. 21.* Illud meminisse nos oportebit, Proconsulem usque ad adventum successoris omnia debere agere: cum sit unus Proconsulatus; & utilitas provinciæ exigat, esse aliquem per quem negotia sua provinciales explicent. ergo in adventum successoris debet jus dicere *l. 10. h. t.* Legatum quoque suum ne ante se de provincia dimittat, & lege Julia repetundarum, & Rescripto Divi Hadriani ad Calpurnium Rufum, Proconsulem Achajæ, admonetur *d. l. 10. §. 1.*

Proconsul portam Romæ ingressus, deponit imperium *l. ult. h. t.* sic ex vetere instituto: de quo Dion *d. lib. 53*, & Justus Lipsius ad Tacitum *lib. 3.*

Annal. c. 19. n. 42.

* * *

TITULUS XVII.

De Officio Præfecti Augustalis.

Utr hic Titulus cum sequente intelligatur: rependendum est, quod obiter attigi ex Dione *lib. 53*, Imperatorem Augustum, postquam passus erat, sibi persuaderi, ut retineret imperium cujus depositionem simulaverat, cum Populo divisisse Provincias: pacatasque ei dedisse, cæteras sibi accepisse: hoc prætextu, quasi Populo relinqueret otium, & laborem ac pericula sumeret sibi: cum hoc ageret; ut, inermi Populo, solus arma in sua potestate haberet. igitur more vetere in Populi provincias a Senatu mitti Proconsulem cum Legato permisit, ipse in suas Provincias misit Legatum: qui dicebatur Legatus Cæsaris, aliquando etiam simpliciter Legatus: (ut notavi *lib. 2. De jurisdict. & Imp. c. VII.*) eratque causa hujus nominis, quod ipse in suas Provincias Proconsulare imperium haberet. indicant id Imperatorum tituli: in quibus inter cæteros est Proconsul, ut notum, & meminit Dion *d. lib. 53. p. 581*, & Capitolinus, *Antonino Pio c. 4.* *Antonino Philosopho c. 6.* mittebantur autem in has provincias Legati non uno modo. nam alii mittebantur

Pro Præatore; quidam Pro Consule: ut docet Dion *d. lib. 53*, & Salmasius, *ad Vopiscum c. 13.* Erat porro Ægyptus (ut intelligimus ex Tacito *lib. 2. Annal. c. 59*, & *lib. 1. Histor. c. 11*) Augusto suspecta: cum quia potens erat, & annonæ fecunda; tum propter mobiles Ægyptiorum animos, & difficilem provinciæ aditum: quo facile poterat se tueri adversus ingentes exercitus; & interim Urbem atque Italiam fame premere. Ne igitur potens Senator, aut illustris Eques ea potiretur; non putavit esse Augustus, eam committere Senatorio Magistratui, aut Equiti illustri: ne voluit quidem, tales eam intrare, se ignaro: ideoque in eam misit Equitem non illustrem: ad similitudinem tamen Proconsulis; vocavitque eum Præfectum Augustalem. atque ut id jure fieret; (solis enim Senatoribus permittebatur jurisdictio) lege opus fuisse, auctor est Tacitus *lib. 12. Annal. c. 60.* & pluribus Lipsius ibi *Excurs. B. De Præfecto Augustali etiam* quædam Reinesius ad *Inscript. 26.*

Class. 2.

TITULUS XVIII.

De Officio Præsidis.

Dixi de Ægypto. in cæteras Cæsaris provincias missi a Cæsare fuere Præsides. est autem Præsidis nomen generale: eoque & Proconsules, & Legati Cæsaris, & omnes provincias regentes, licet Senatores sint, Præsides appellantur. Proconsulis appellatio specialis est *l. 1. h. t.* Qui autem specialiter appellatur Præses, is ut est Legatus Cæsaris tamquam Proconsulis, ut dixi superiore Titulo: sic ex-

Noodt Operum Tomus II.

emplo Legati Proconsulis, demum imperium suum accipiebat ingressus Provinciam; deponebatque id statim, atque intellexit, successorem advenisse: auctore Dione *lib. 53.* & *l. unic. D. de offic. præfect. Augustal.* item *l. 17. h. t.* Sed hæc & alia Cujacius *lib. 20. Observ. c. 37*, & Lipsius *Excurs. M. ad lib. 1. Annal. Taciti.*

Quæ porro & quanta fuerit ejus potestas, intelligitur

D

gitur

gitur ex *l. 10. § 1. l. 12. h. t.* in quibus sic extat: De omnibus causis de quibus vel Præfectus Urbi, vel Præfectus Prætorio, itemque Consules, & Prætores, cæterique Romæ cognoscunt, Correctorum & Præsidium Provinciarum notio est. omnia enim provincialia desideria quæ Romæ varios Judices habent, ad officium Præsidium pertinent. sed licet is qui provinciæ præest, omnium Romæ Magistratum vice & officio fungi debeat: non tamen spectandum est, quid Romæ factum est, quam quid fieri debeat *l. 13. h. t.* Habet igitur majus imperium in ea provincia omnibus post Principem *l. 4. h. t.* maxime in suæ provinciæ homines: & hoc, dum in provincia est: nam si exceßerit, privatus est. habet interdum imperium & adversus extraneos homi-

nes: si quid in alium manu commiserint. nam & in Mandatis Principum est; ut curet is qui Provinciæ præest, malis hominibus purgare Provinciam: nec distinguitur, unde sint *l. 3. h. t.* In Decuriones tamen & Principales civitatum, si capitalem meruerint pœnam, aut admiserint aliquid propter quod relegandi videantur, nihil statuere debet, nisi consensu Principis *l. 27. §. 1. l. 2. D. de pœnis.* in hunc sensum explicanda ibi synchusis quam indicavi *lib. 2. Observ. c. 26.* Illud etiam observandum est, ei qui provinciam regit, ne fines ejus excedat, nisi voti solvendi causa, dum tamen abnoscere ei non liceat *l. 15. h. t.* Papinianus quoque *lib. 1. Responsorum* sic scribit *l. 20. h. t.* Legatus Cæsaris, id est, Præses vel Corrector, abdicando se non amittit imperium.

TITULUS XIX.

De Officio Procuratoris Cæsaris vel Rationalis.

IN Rubrica quæ est *De Officio Procuratoris Cæsaris vel Rationalis*, potest vocula, *vel*, accipi pro *id est*, argumento hoc Lampridii, *Alexandr. Sever. c. 45.* Procuratores, *id est*, rationales ordinare. Eundem etiam esse Rationalem, & Procuratorem Cæsaris, ostendit Casaubonus ad *d. loc.* & ad Capitolinum Maximin. duob. *c. 14.* Institutus is Procurator fuit, ut administraret res fisci, prædia, verbi gratia, locaret, item redditus, & debita fisci exigeret, simul acceptorum expensorumque rationes conficeret. indicat hæc Dion *lib. 53. pag. 579:* additque, tales missos esse in omnes provincias, partim ex Equitibus, partim ex Libertis. Nec dubito, quin a conficiendis rationibus dictus sit Rationalis; & quod fisci vel Cæsaris res curaret, Procurator fisci, item Procurator Cæsaris, & Curator Cæsaris *l. 3. h. t.*

Est igitur ejus officium, (quod observat Ulpianus *l. 1. h. t.*) rem Cæsaris diligenter gerere: id est, administrare, conservare, tueri. quod si factum: ait Ulpianus, quæ acta gesta sunt, sic comprobari, atque si a Cæsare gesta essent. quod si rem Cæsaris tradat quasi rem propriam: non putat Ulpianus, eum dominium transferre: præfatus, quod tunc transfert; cum negotium Cæsaris gerens, consensu ipsius tradit: denique, si venditionis, transactionis, vel donationis causa quid agat; nihil agit: quia non alienare ei rem Cæsaris, sed, ut dixi, diligenter gerere commissum est. Ulpianus ait, & hoc esse præcipuum, id est, singulare, in Procuratore Cæsaris: quod ejus jussu servus Cæsaris adire hereditatem potest. nam hereditas jure communi per Procuratorem adiri non potest *l. 90. D. de adq. hered.* Similiter si Cæsar heres instituitur; miscendo se opulentæ hereditati procurator heredem Cæsarem facit. quod si ea bona ex quibus Imperator heres instituitur, solvendo non sint; re perspecta, consulitur Imperator. heredis enim instituti in adeundis vel repudiandis hujusmodi hereditatibus voluntas exploranda est *d. l. 1. § 2. h. t.*

Sicut igitur Procurator Cæsaris accipiebat ejus mandata ad administrandas fiscales causas pecuniarias: ita litem, si quæ de his incideret, olim debebat persequi apud Proconsules & Præsides quorum erat jurisdictio. ipse enim hanc non habebat: quamquam poterat coercere servitia Cæsaris: exemplo aliorum Procuratorum quibus ea potestas a dominis concessa erat. poterat præterea (quod ait Callistratus *l. 3. §. 1. h. t.*) aliquem quasi tumultuosum vel injuriosum adversus colonos Cæsaris, pro-

hibere in prædia Cæsariana accedere. nam & hæc privata facultatis sunt. quod si longius iret, usurpando vim Prætoris: sine dubio excedebat fines mandata administrationis. Non arcessam argumenta. sufficit Tacitus *lib. 4. Annal. c. 15:* dicens, Procuratorem Asia Lucilium Capitonem, accusante provincia, causam dixisse, magna cum asseveratione Principis, Non se jus, nisi in servitia & pecunias familiares dedisse: quod si vim Prætoris usurpasset, manibusque militum usus foret, spreta in eo mandata sua. Et addit Tacitus, quod reus cognito negotio damnatus est. Hoc ab initio jus fuisse, præ me fero: sed deinde mutatum in fiscali pecuniaria causa, dubito, an ex Senatusconsulto Claudiano de quo pulchre & late idem Tacitus *lib. 12. Annal. c. 60.* Atque ita est: post hoc Senatusconsultum, cepit Procurator Cæsaris in fiscali causa pecuniaria eandem habere potestatem, quam in ea ante soli habuerant Magistratus, Prætores & Proconsules, verbi gratia, nec tamen hi idcirco desierunt vel in ea causa cognoscere, & jus dicere. non enim his adempta ea cognitio fuit, quam in illa habuere jure sui Magistratus. magis accepit Procurator jurisdictionem concurrentem. utique, donec Impp. Severus & Antoninus *l. 2. C. Ubi caus. fisc.* cuidam Aristæ sic rescripserunt. Non animadvertimus, cur causas ad officium Procuratorum nostrorum pertinentes, ad Proconsulis notionem advocare velis. Nam Proconsul æque post hoc Rescriptum, atque ante, in fiscali pecuniaria causa de jure retinuit jurisdictionem: etsi potuerit videri melius facturum; si se ultro ab ea causa abstineat: quasi id maluerint *d. l. 2. Imperatores.* Hoc mihi sedet, atque inde tandem liquet, quid velit Ulpianus *l. 7. §. 2. l. 9. D. de offic. Procons.* (conjungendus enim est uterque locus) cum sic scribit: Cum plenissimam autem jurisdictionem Proconsul habeat, omnium partes qui Romæ vel quasi Magistratus, vel extra ordinem jus dicant, ad ipsum pertinent. nec quidquam est in provincia, quod non per ipsum expediatur. Sane si fiscalis pecuniaria causa sit quæ ad Procuratorem Principis respicit: melius fecerit, si se abstineat. Ait, Melius fecerit. quod est consilii & suasionis, inculcantis reverentiam *d. l. 2.* Longius ivit Constantinus *l. 5. C. Ubi caus. fiscal.* pro imperio sic scribens: Ad fiscum pertinentes causas Rationalis decadat, omnibus concussionibus prohibendis. Ita jam in his adempta Proconsulibus est, quam habuere jurisdictionem: solusque eam accepit Procurator. at in his solis. nam quod attinet ad lites privatorum: in illis, nisi in eum

eum consentiant litigatores, Index competens non est *l. 1. C. de jurisdictione*: præterquam, si fungatur vice Præsidis *l. 23. §. 1. D. de appellat. l. 3. C. Ubi caus. fiscal. l. 4. C. Ad leg. Fab. de plag.* nam tum ejus partes administrat cum in civilibus, tum in criminalibus, causis: auctore Ulpiano *Collat. Leg. Mosaic. & Roman.* allegato jam dudum a Cujacio *lib. 19. Observ. c. 13, Liphio ad Tacitum, lib. 12. Annal. Excurs. B. & Gutherio, De offic. dom. August. lib. 3. c. 33. & seqq.* qui de Procuratore Caesaris omnium plenissime. Hæc sic scripseram: cum deinde incidi in *Passionem SS. Perpetue & Felicitatis*: in qua reperi sequentia verba, ad hanc partem pertinentia, nondum, quantum scio, ab aliis adducta. *Alio die cum panderemus, subito rapti sumus, ut audi-*

remur: & pervenimus ad forum. Rumor statim per vicinas fori partes cucurrit, & factus est Populus immensus. Ascendimus in catastra, interrogati ceteri, confessi sunt. Ventum est & ad me. & apparuit pater illico cum filio meo, & extraxit me de gradu, supplicans: miserere infanti. Et Hilarianus Procurator, qui tunc loco Proconsulis Minuel Timiniani defuncti, jus gladii acceperat, Parce, inquit, canis patris tui; Parce infantia pueri. fac sacrum pro salute Imperatorum. Et post. Tunc (Hilarianus) nos universos pronunciat, & damnat ad bestias. Sic editur, Tunc nos universos, nullo sensu: nisi legatur, Tunc reos universos. quod non minus vere, quam ingeniose, conjecit Collega meus, Jacobus Gronovius, Vir Clarissimus: ut in familiari sermone ex illo intellexi.

TITULUS XX.

De Officio Juridici.

JURIDICUS, cujus mentio fit in Rubrica, auctore Brissonio, est qui aliquo in loco jus dicit *l. 41. §. 5. D. de fideicom. libert.* Talis fuit Juridicus Alexandrinæ civitatis *§. 6. Inst. de Asilian. tut.* sive Juridicus, qui agit Alexandria *l. 2. h. t. Reinesius, Notis ad Inscript. 26. Class. 2.* observat, eum appellari quoque Juridicum Ægypti: præfuisse enim non Alexandrinis tantum, quæ est pervulgata opinio, sed universæ regioni Ægypti, æque ac Præfectum Augustalem: nam ambos Ægypto diverso cum imperio, & diversis negotiis tractandis, esse impositos: alterum, ut esset loco Regis; alterum, ut jus diceret. utrumque ex Equestri ordine, neutrum ex Senatorio fuisse, notum est; nec minus ad hos

spectare hoc Taciti, *lib. 12. Annal. c. 60. Divus Augustus apud equestres, qui Ægypto præsiderent, lege agi: decretaque eorum proinde haberi jussit, ac si magistratus Romani constitissent.* Secundum hoc Ulpianus, *l. 1. h. t.* Adoptare, inquit, quis apud Juridicum potest: quia data est ei legis actio. Et *l. 2. Juridico*, qui Alexandria agit, datio tutoris Constitutione Divi Marci concessa est. De hoc Juridico etiam sic scribit Spartianus Severo *c. 27. Deinde Alexandrinis jus Bulentarum dedit, qui sine publico consilio ita, ut sub regibus ante vivebant, uno Judice contenti, quem Caesar dedisset.* Sic ille. an vere?

non putat Reinesius

d. loc.

TITULUS XXI.

De Officio ejus, cui mandata jurisdictio est.

TRADITA sub hoc Titulo, hisque affinia, tractavi *lib. 2. De jurisdictione & imperio c. 1. & seqq.*

TITULUS XXII.

De Officio Assessorum.

DE Assessoribus, eorumque officio egi *lib. 1. De jurisdictione & imperio cap. xi. & XII.*



LIBER SECUNDUS.

TITULUS I.

De Jurisdictione.



UID jurisdictio seu imperium sit, & quo modo a Præatore exercetur de plano, aut pro tribunali, per se, aut per mandatarium, tam utile est exponi, quam dignum quæri: certo, nihil plus, pauca tantum, conferre ad intellectum Juris Civilis. Igitur eam materiam, ejusque partes, sum executus duobus libris De Jurisdictione & Imperio: nec jam agam actum. tantum attingam Edicta, ad tuendam jurisdictionem a Præatore proposita. Ea Edicta sunt tria. primi, quod est de albo corrupto, sensus traditur ab Ulpiano *l. 7. D. h. t.* verba videntur talia fuisse. *Si quis id, quod jurisdictionis perpetua causa in albo propositum erit, dolo malo corrumperit; in eum, si quis eo nomine agere volet, quingentorum aureorum iudicium dabo.*

Noodt Operum Tomus I.

Hæc verba excerpti ex *d. l. 7.* nam quæ in ea præterea reperiuntur, magis pro interpretatione Edicti, quam pro ejus verbis, accipi oportere, recte suspicatus est Jacobus Cujacius, *V. CL. lib. 21. Observ. c. 24.* saltem addam, quod in *d. l. 7.* quidam libri (Russardo teste, *Not. margin*) non habent, *quingentorum aureorum*, sed, *quingenta aureorum*: eaque lectio Francisco Hotmano placet: cum ob alia, tum quia ea pœna a Præatore etiam est alibi posita *l. 24. D. de in jus vocando, & l. 2. D. In jus vocat. ut eant.* Sed hoc facti est; nec habet juris consequentiam. quidni enim potuit Prætor in uno Edicto majorem, in alio minorem, pœnam constituere pro suo arbitrio? Idcirco relinquam hoc in medio. Æque, cui hæc cedat pœna, quamquam enim vel hoc expresserit in Edicto Prætor; sicut Edictis Legibusque, populares actiones

D 2

con-

concedentibus, exprimi solet: hodie tamen extat nusquam. non servatam autem peræque hac quoque in parte eandem fuisse formam, satis claret ex l. 25. §. 2. *D. de Senatusc. Silan. l. ult. D. de termino moto*. Interim summa fuit hujus Edicti ratio: siquidem solitus fuit Prætor initio Magistratus, in dealbato pariete, vel dealbata tabula, quæ in d. l. 7. *D. h. t. nem. l. 1. C. de interd. §. l. 1. §. 1. D. de edendo*, & apud Senecam, *Epist. 41*, vocatur album, exprimere (quod docet Cicero, *Pro Q. Roscio Comædo c. 8. in fin.*) ex uniuscujusque damno, dolore, incommodo, calamitate, injuria, publicas formulas, ad quas privata lis accommodaretur. Nempe, ut scirent cives quod jus de quaque re dicturus esset, seque præmunirent l. 2. §. 10. *D. de orig. jur.* Id igitur album non violari intererat uniuscujusque de populo: & optimo jure Prætor, si quis contra fecisse dicatur, popularem actionem de albo corrupto proposuit, vindicandæ suæ dignitatis gratia.

Ait Prætor, *Si quis*: nec distinguit statum aut conditionem corrumpentis album. late igitur patet verbum hoc, *Si quis*; & ut passim, utrumque sexum complectitur. Servi quoque, & filii familias verbis Edicti continentur l. 7. §. 1. *b. t.*

Deinde ait Prætor, *Quod jurisdictionis perpetua causa in albo propositum erit*. Videtur Prætor quid in albo jurisdictionis perpetuæ causa proponere: ubi in albo monet Populum, de quibus rebus, & qua forma, durante imperii sui anno, sit jus dicturus. sic enim solere Prætores, modo dixi: atque hinc *Edictum monitorium* in Inscriptione l. 2. *D. In jus voc. ut eant*, §. l. 1. *D. de interrog. in jur. fac.* Refert etiam Asconius Pedianus, *Argum. Oration. Ciceronis Pro C. Cornelio majestatis reo*, jussos Lege Cornelia fuisse Prætores, secundum Edicta perpetua jus dicere. ita Prætor hic, ut sæpe alibi, jurisdictionis appellatione Edictum complectitur; vocatque perpetuam jurisdictionem, quam Asconius indigitat Edictum perpetuum; imo Alexander l. 2. *C. de restitut. milit.* dicit perpetuam jurisdictionem. Erant & alia Edicta, quæ Prætor jubebat proponi, non in omnes res, neque in omnes personas, in perpetuum, sed pro re nata, in res & in personas singulas. horum exempla occurrunt in l. 53. §. 1. *D. de re judicata*, l. ult. *D. Ubi pupill. educ. deb.* & alibi. Hæc vero cum aliam haberent causam, quam Edicta perpetua: ad præsens Edictum non pertinent: eoque Interpretes his verbis d. l. 7. *Si quis id, quod jurisdictionis perpetua causa in albo propositum erit*, in margine pro explicatione hæc adjecit verba, *Non quod prout res incidit*: quamquam Librarius ea deinde miscuit Ulpiani verbis. significabat autem ille Interpretes id, quod res est, eum qui violat Edictum, jussu Prætoris affixum, non perpetuæ jurisdictionis causa, sed pro re nata, non puniri hac actione: quia tale Edictum magis ad privatam alicujus, quam ad communem omnium, utilitatem spectat. Non minus verum est, quod hæc verba, *in charta vel alia materia*, quæ in d. l. 7. sequuntur post verbum, *in albo*, similiter sunt Interpretis; significantis, quod ut album plerumque sit tabula lignea dealbata, vel paries dealbatus, tamen nihil refert: utrum affixum a Præatore Edicti perpetui gratia sit ex ligno, an ex charta, an alia materia.

Ait Prætor, *Propositum erit*. Habet igitur hæc actio locum, albo, postquam propositum est, corrupto. quid si, dum proponitur, vel ante propositionem, quis corruerit? cessant Edi-

cti verba: Pomponius autem ait, sententiam Edicti portigendam esse ad hæc; nec improbat Ulpianus l. 7. §. 2. *D. h. t.*

Ait Prætor, *Dolo malo*, id est, proposito. Doli autem mali (quod Ulpianus notat d. l. 7. §. 4.) ideo in verbis Edicti sit mentio: quod si per imperitiam vel rusticitatem, vel ab ipso Præatore jussus, vel casu, aliquis fecerit, non tenetur.

Deinde ait, *Corruerit*: puta, raserit, deleverit, turbaverit: ut est apud Paulum lib. 5. *Sentent. tit. 25. §. lib. 1. tit. 20.* quid, sitollat? verum est, non corrupisse. sed Ulpianus d. l. 7. §. 5. ait, hoc Edicto & qui tollit, teneri; quamvis non corruerit. puto, quia Prætorem æque, si non plus, contempsit. igitur nec interest, utrum suis manibus fecerit, an alii mandaverit: si quidem mandavit sciens dolo malo d. l. 7. §. 5: quia quod per alium fecit, per se fecisse intelligitur.

Ait Prætor, *Si quis eo nomine agere velit*. Hæc verba Edicto restitui: eo quod Ulpianus d. l. 7. dicit, hoc judicium esse populare: & in talibus actionibus hac aut simili formula uti solet Prætor: ut apparet ex l. 3. *D. de sepulchr. viol.* Datur igitur hæc actio unicuique de populo, qui eo nomine agere velit: modo integra sit ejus persona: hoc est, cui per Edictum postulare licet: ut ad hujus Edicti verba notavit Paulus l. 4. *D. de popularibus actionib.* quæ est ex ejus lib. 3. Ad Edictum; ex quo est quoque d. l. 7.

Porro ait Prætor, *Quingentorum aureorum judicium dabo*. Aureus quantum valeat, ubi in Pandectis sit ejus mentio, consulant quibus hoc cordi est, V. Cl. Johannem Fredericum Gronovium, *De pecun. veter. lib. 2. c. 3.* Meo instituto sufficit, quod hæc actio datur ad pœnam pecuniariam: & in eos qui inopia laborant, corpus torquendum esse, Ulpianus monet l. 7. §. 3. *D. h. t.* ut in delictis solet l. 1. §. ult. *D. de pœnis. l. ult. D. de in jus vocando. l. ult. D. de injur.* Nec illud præteribo: quod etiam Ulpianus d. l. 7. §. 1. §. 3. observat, hanc actionem dari in servos: ac si a dominis non defendantur, eorum corpus torqueri. sic enim apparet, quod de albo corrupto non comperit in servi dominum noxalis albi corrupti actio: eo quod Prætor in Edicto non adjecit, *aut noxa dedere*: (ut factum in Edicto de dejectis & effusis l. 1. *D. de his qui effud. vel dejec.*) sed simpliciter dixit, judicium dabo. atque ita est: si a dominis non defendantur servi; datur in ipsos servos actio extra ordinem, & quamquam ordinaria nulla est in servum actio l. 107. *D. de reg. jur. l. 44. D. de judic.* tamen nil vetat, quo minus (quod observat Cujacius lib. 21. *Observ. c. 40.*) possit actio in corpus servile dari extra ordinem: ut l. 1. §. 8. *D. de his qui effud. vel dejec. l. 3. §. pen. D. de sepulchr. violat. §. l. 4. pen. D. Vi bon. rapt.* Ut ut erit: hæc actio datur ad pœnam quingentorum aureorum: si unus corrumpit album. Sed quid, si unus mandavit, alter corrumpit: aut plures simul corruerunt? quæstio huc redit; utrum unum sit factum omnium, an sint plura singulorum facta? nam unum corruptum est album: tamen a pluribus. Ulpianus d. l. 7. §. 5, Si, inquit, alius sine dolo malo fecit, alius dolo malo mandavit; qui mandavit, tenebitur. si uterque dolo malo fecerit, ambo tenebuntur: nam & si plures fecerint, vel mandaverint, omnes tenebuntur. & subjicit Gajus l. 8. *D. h. t.* omnes adeo teneri; ut non sufficiat, unum eorum pœnam luere. & est ratio: quod ut singuli delinquant, ita ex suo quisque facto tenetur suo nomine; usque adeo, ut

si unus solvat suam pœnam, non idcirco liberet alium, qui ad similem pœnam ex suo facto obligatur *l. 11. §. 2. D. Ad legem Aquiliam.*

Inde quæsitum est, si familia alicujus album corruperit, id est, si plures, vel omnes, alicujus servi corruperint album: utrum oporteat dominum, si velit eos defendere, tot inferre pœnas, quot servi operam corruptioni dedere? Poterat dubitari propter similitudinem Edicti: quo Prætor cavet, si familia furtum fecit, ne in singulos detur pœnæ persecutio: sed ut sufficiat, præstari, quantum foret præstandum, si unus liber fecisset furtum. Sed ait Paulus *l. 9. D. h. t.* sic Prætores quidem edixisse, furtum a familia admissio: sed si familia album corruperit, non similiter hic edicere. & addit causam Paulus: quia læsa Prætoris majestas vindicatur: id est, quia utile est, Prætoris dignitatem severitate pœnæ a contemptu vindicari. addit & alteram causam: quod plura facta intelliguntur: id est, quia placuit, plura intelligi facta; eo placuit, ea pluribus pœnis coerceri. Hanc sententiam Paulus sequente juvat exemplo: Quemadmodum, inquit, cum plures servi injuriam fecerunt, vel damnum dederunt. Si vero hoc, ut potest, accipiatur non de actione injuriarum, & Legis Aquiliæ simul; sed de sola injuriarum actione, verbi gratia, injuria convicio facta, aut injuria verberibus illata, qua etiam damnum datum sit: nulla difficultas est, clare enim sic Gajus

l. 34. D. de injuriis, Si plures, inquit, servi simul aliquem ceciderint, aut convicium alicui fecerint; singulorum proprium est maleficio, & tanto major injuria, quanto a pluribus admixta est: imo etiam tot injuriæ sunt, quot & personæ injuriam facientium. Datur igitur actio injuriarum adversus singulos: quia in injuria, sive sit sola, ut in convicio, sive simul det damnum, ut illatis vulneribus, plura intelliguntur facta: non unum, ut in furto. Hoc sane cum est servile probum, & quodammodo domesticum malum: (ut ostendi *lib. sing. Ad leg. Aquil. c. v.*) e re esse, credidit Prætor, in eo dominis succurrere: ne facile vel uno familiæ furto domini suis bonis everterentur. Sed hoc cum singulare in furto jus sit: non est temere porrigendum ad album a familia corruptum: in quo non similiter a Prætores edicuntur. Et tamen *d. l. 9.* ait Paulus, Octavium credidisse, hic quoque, id est, in hoc quoque casu, sive in albo corrupto etiam, esse domino succurrendum, si familia album corruperit. Sed ipse Paulus putat, hoc posse dici; si plures servi dolo malo curaverint; ut ab alio corrumperetur album: propterea quod tunc unum sit consilium; non plura facta apparent. aliter ac si ipsa familia corruperit: nam tum non unum esse factum; sed esse plura facta; & recte plures puniri, idemque Pomponium libro decimo notare.

TITULUS II.

Quod quisque juris in alterum statuerit, ut ipse eodem jure utatur.

TRANSEO ad secundum Edictum: quod est de coercendo novo atque iniquo jure. sunt autem duo, aut, si malis, tria hujus Edicti capita. primum coercet Magistratum, qui novum jus statuit. alterum punit eum, qui id postulavit. tertium habet exceptionem. Primi capitis verba talia sunt in *l. 1. §. 1. D. h. t. Qui Magistratum, potestatemve habebit, si quid in aliquem novi juris statuerit, ipse quandoque, adversario postulante, eodem jure uti debet.* Secundi capitis verba in *d. §. 1. l. 1.* hæc sunt. *Si quis apud eum, qui Magistratum potestatemque habebit, aliquid novi juris obtinuerit, quandoque postea, adversario ejus postulante, eodem jure decernetur.* Hisce verbis in *d. §. 1.* subjicitur versus sequens: *Scilicet, ut quod ipse quis in alterius persona æquum esse credidisset, id in ipsius quoque persona valere patiatur.* At hunc versum non esse Edicti, vel me tacente, liquet. utrum autem Ulpiani sit, an Interpretis alicujus Veteris, dubitari possit: quamquam hoc malim: quia nil attinebat, hic repeti ab Ulpiano, quod optime ab eo erat dictum initio *d. l. 1.* Terti capitis verba servavit nobis Gajus *l. 4. D. h. t.* sunt autem hæc. *Præterquam si quis eorum contra eum fecerit, qui ipse eorum quid fecisset.*

Restitui Edictum, habet autem (ut Ulpianus ait *l. 1. D. h. t.*) summam æquitatem, & sine cuiusquam indignatione iusta. quis enim adspicietur, (hoc est, negabit vel recusabit; ut Scipio Gentilis interpretatur *lib. 1. Parerg. c. 30.*) idem jus sibi dici, quod ipse aliis dixit, vel dici effecit.

Ait Prætor, *Qui Magistratum Potestatemve habebit.* Usus his verbis fuisse Prætores, existimo: quamquam in *l. 1. §. 2. D. h. t.* exstet, (*qui jurisdictionis præest*) primum, quia hoc deest in editione Hugonis a Porta, item Jacobi Vintimilii, & alibi. deinde non est insolens Veteribus, Leges aut Edicta

exposituris, ut sint contenti verborum sensu; cum non opus est verbis ipsis: ut multis probati posset, nisi notum esset. Locum igitur habet Edicti pœna, si, qui Magistratum Potestatemve habebit, quid novi juris in aliquem statuerit. Appellatio Magistratus proprie pertinet ad Magistratus Urbanos: qui per excellentiam appellantur Populi Romani Magistratus; eoque separantur a provincialibus *l. 12. D. de accusatio.* qui proprie non tam Magistratus sunt, quam pro Magistratibus funguntur; itaque Pro Consule, & Pro Prætores appellantur; cum in Urbe vocentur Consules & Prætores. Magistratus igitur in Edicto est Urbanus Magistratus: Potestas provincialis ut in *l. 13. §. 1. D. de jurisdictione.* & apud Suetonium, *Claudio c. 23.*

Deinde ait Prætor, *Si quid in aliquem novi juris statuerit.* Prætor novum vocat jus, quod est insolitum; videturque id trahere in pejorem partem, proinde quod Prætori est Novum, Ulpianus Iniquum dixit *l. 3. D. h. t.* Eoque sensu Cicero, *lib. 3. in Verrem, Veniunt*, inquit, *ad Chelidonem: domus erat plena, nova jura, nova decreta, nova judicia postulabantur.* Similiter Tacitus *lib. 2. Annal. c. 30.* *Quia Quia veteris Senatusconsulto questio in caput domini prohibebatur, callidum & novi juris repertorem Tiberium mancipari singulos actori publico iussisse, ut in Libonem ex servis salvo Senatusconsulto quæreretur.*

Porro ait, *Statuerit.* Hoc verbum, inquit Ulpianus *l. 1. §. 2. D. h. t.* cum effectu accipimus, non verbotenus; & ideo si cum vellet statuere, prohibitus sit, nec effectum decretum habuit, cessat Edictum. nam *Statuit* verbum rem perfectam designat, & consummatam injuriam, non cœptam. Ulpianus id exemplo declarat verbis sequentibus: Et ideo inter eos, qui dixerit jus, inter quos jurisdictionem non habuit, (quoniam pro nullo hoc habetur, nec est

est ulla sententia) cessare Edictum putamus. Hanc addit causam Ulpianus. *Quidenim officit conatus, cum injuria nullum habuerit effectum?* Sic Ulpianus *d. l. 2. l. 1*: nec dubito, quin statim pro ulteriore ratione subiei debeat hoc ex *l. 18. D. de pœnis, Cogitationis pœnam nemo patitur*. Est enim ea lex ex Ulpiani *lib. 3*. Ad Edictum: ex quo est *l. 1. D. h. t.* Pœnam autem intellige ex hoc Edicto: ut in *l. 3. §. 2. § l. ult. D. h. t.* Cogitatio vero in *d. l. 18.* non est simplex cogitatio: sed conatus, seu voluntas ex deliberatione decreta, etsi consummationem non acceperit semper: ut apud Ulpianum *l. 3. §. 3. in fin. D. de Senatufc. Maced. Suetonium Caligul. c. 12. & c. 48.* item Curtium *lib. 5. 6. § 8.* qualis conatus seu cogitatio hic, ut alibi in levioribus delictis negligitur; etsi in atrocioribus non habeat veniam. Sed hoc jam observavit Cujacius *lib. 15. Observ. c. 25.*

Vult igitur Prætor: ut Magistratus eodem utatur jure, quod statuit erga alios: præsertim si quid novi juris ipse effecit sciens dolo malo. nam si Assessoris errore aut imprudentia aliter jus dictum sit, quam oportuit; ait Paulus, non debere hoc Magistratui officere, sed ipsi Assessori *l. 2. D. h. t. & recte*: nam, ut ostendi *lib. 1. De jurisd. & imper. c. 10.* Assessoris officium est, jus suggerere Magistratui, sicut se juris Studiosum proficitur, & hac ratione in Consilium adhibetur *l. 1. D. de offic. Assessor. § l. 1. C. eod. tit.* Magistratus contra magis armorum, quam legum, peritiam proficitur; & cum jus dicit, tantum Assessorum verba pronunciat. Non opus aliis: clare Cicero *Pro Plancio, In Magistratibus*, inquit, *si qua est ars; Populus Romanus facile patitur: sin minus, virtute eorum & innocentia contentus est. quotus enim quisque disertus, quotus quisque juris peritus est?* Igitur quod Magistratibus deest circa legum ac juris intelligentiam, hoc quia Assessorum prudentiæ peritiæque commendatur, est quidem Magistratibus ipso- rum dolus imputandus: sed juris error atque imprudentia non in illis, sed in Assessoribus coercendus.

Ex superioribus, ut fit, etiam alia nascitur quæstio: si filius meus in Magistratu incidit in hoc Edictum: an in his actionibus, quas ex ejus persona intendendo, huic Edicto locus sit? Sed non putat Ulpianus *l. 3. §. 4. D. h. t.* & hanc adfert causam: Ne mea conditio deterior fiat.

In secundo Edicti capite punitur is, qui jus iniquum adversus aliquem postulavit: modo id impetraverit. nam sic ait Prætor, *Si aliquid novi juris obtinuerit.* vice etiam versa obtinuisse non sufficit, nisi postulaverit. Hoc observat Ulpianus *l. 3. D. h. t.* ait enim, si quis iniquum jus impetraverit adversus aliquem: ita demum eo jure uti, si hoc venerit per ejus postulationem. cæterum si ipso non postulante, Magistratus inique jus dixerit, non coerceri:

quia non deliquit. quid, si impetravit jus iniquum, sed eo non est usus? ait Ulpianus *d. l. 3.* sufficere, impetrasse. nam siue usus est jure iniquo, (sic lege, iniquo, quamquam ubique est aliquo) siue impetravit, ut uteretur, licet usus non sit, hoc Edicto puniri. Et recte: quia Prætor ad pœnam nihil desiderat; nisi ut obtinuerit. Interim oportet esse postulatum ab ipso, qui punitur hoc Edicto. fac tamen, non me, sed procuratorem meum petiisse; uter eodem jure uteretur; procurator, an ego? sed putat Pomponius, non puniri procuratorem: quia nihil cedit ejus commodo, nisi sit in rem suam procurator. magis putat, me puniri: idque probat Ulpianus; utique si hoc ei specialiter mandavi, ut postularet, vel ratum habui, quod postulavit. non idem esse inquit in tutore, aut curatore furiosi vel adolescentis, sed si hic postulaverit; convenire utilitati pupilli, tutorem ipsum hoc Edicto coerceri *d. l. 3. §. 1.*

Porro ait Prætor, *Quandoque postea adversario ejus postulante, eodem jure adversus eum decernetur.* Ex his verbis apparet, hujus Edicti pœnam tum demum exerceri, si quis eam postulet adversus eum, qui jus iniquum impetravit. quod si nemo eam postulet adversus ipsum, integrum ei servati jus commune. cæterum si quis volet hac uti pœna: nihil refert, qualis is sit. sic enim accipienda sunt Edicti verba; quasi pœna eis statuatur adversus omnem, qui in Edictum incidit: non solum postulante eo, qui ab ipso læsus sit: sed omni, qui quandoque experietur *d. l. 3. §. 2. D. h. t.*

Igitur voluit Prætor, eum, qui obtinuit jus iniquum, eodem jure uti. de herede quid dicemus? etiam ad eum hanc transmitti pœnam? ait Ulpianus, Julianum scribere, non solum ipsi denegari actionem; sed etiam heredi ejus *d. l. 3. §. 5.* forte, si agat ex defuncti persona: non etiam, si ex sua propria. quidni enim heres, utens ejus jure & nomine, sicut ejus vitio, sic ejus pœnæ succedat? Præterea monet Ulpianus *§. 6 d. l. 3.* Julianum quoque non sine ratione scribere, eum, qui Edictum offendit, non solum pœnam Edicti pati in his actionibus, quas tunc habuit, cum incideret in Edictum: verum si quæ postea ei adquirentur. Sed quid, si qui poterat uti hoc Edicto, eo non sit usus, & solverit, quod debebat: an potest solum repetere, tamquam indebitum ex hac causa? negat Ulpianus *d. l. 3. §. 7:* & præfatur, naturalem superesse obligationem, quæ inhibeat repetitionem.

Postremo Edicti capite ait Prætor: *Præterquam, si quis eorum contra eum fecerit, qui ipse eorum quid fecisset.* Et recte: ne scilicet vel Magistratus, dum studet hoc Edictum defendere, vel litigator, dum vult beneficio hujus Edicti uti, ipse in pœnam ipsius Edicti incidat

l. ult. h. t.

* * *

TITULUS III.

Si quis jus dicenti non obtemperaverit.

EX tribus Edictis, quæ tuendæ jurisdictioni proposita fuisse dixi, superest tertium, conceptum in hæc verba. *Si quis jus dicenti non obtemperaverit: quantiea res est, intra annum adversus eum judicium dabo.* Hæc verba collegi ex Rubrica & *l. unica h. t.* nec dubito, fuisse plura, est enim verisimile, etiam in Edicto fuisse a Prætoris propositum, cui danda sit hæc actio; & cui applicanda pœna, in Edicto ex-

pressa. at neutrum ex hoc Titulo intelligitur.

Utrumque erit: promittit Prætor, se daturum actionem, *Si quis jus dicenti non obtemperaverit.* Jus autem dicentem accipe omnem Magistratum, cum Urbanum, tum Provinciale. an & Municipales, ut Duumviros? Ulpianus negat *l. unica h. t. Omnibus, inquit, Magistratibus, non tamen Duumviris, secundum jus potestatis sua concessum est, jurisdictionem suam*

suam defendere poenali iudicio. Sic Florentiæ & in Norico exemplari recte legi, dudum observavit Antonius Augustinus lib. 3. Emend. c. 6. in fin. et si in quibusdam libris pro non tamen sit non tantum.

Ait Prætor, Non obtemperaverit. Hæc verba sic exponit Ulpianus d. l. unic. §. 1. Is videtur jus dicenti non obtemperasse, qui quod extremum in iurisdictione est, non fecit: veluti si quis rem mobilem vindicari a se passus non est, sed duci eam vel ferri passus est: ceterum si & sequentia recusavit, tunc non obtemperasse videtur. Huc usque Ulpianus, sed quid vocat extremum? non solet hoc attingi ab Interpretibus; cum sit elegantis inquisitionis, puto autem, esse hoc verbum petiitum a Philosophis: apud quos actionis cuiusque finis, sive actionis cuiusque causa, sive quod in actione est optimum, ejus extremum appellatur. Non arceslam longe exempla: sic Cicero lib. 2. De finibus c. 2. Nam hoc ipsum sive finem, sive extremum, sive ultimum desinebas id esse, quo omnia, quæ recte fierent, referrentur, neque id ipsum usquam referretur. Et c. 3. Hoc vero optimum, ut is, qui finem rerum expetendarum, voluptatem esse dicat, id extremum, id ultimum bonorum; id ipsum quid sit, quale sit, nesciat. Et lib. 3. c. 7: Nec enim gubernationi aut medicina similem sapientiam esse arbitramur, sed actioni illi potius, quam modo dixi & saltationi, ut in ipsa arte insit, non foris petatur extremum, id est, artis effectio. Et paulo post. Cum enim hoc sit extremum (sentis enim, credo, me jam diu, quod Græci dicat, id dicere tum extremum, tum ultimum, tum summum) cum ergo hoc sit extremum, congruenter natura convenienterque vivere. Inde lib. 4. c. 11. ejusdem Operis, animantis extremum, finis, ob quem factum animal: sicut in proposito apud Ulpianum, iurisdictionis extremum, executio, seu finis, ob quem jus dicitur. Proinde, ut ad rem veniam, si quis conventus rei vindicatione, fuit contumax; eoque non est passus, rem mobilem a se vindicari, sed eam duci vel ferri passus est; is non incidit in hoc Edictum: quia fecit, quod in iurisdictione est extremum. ceterum si & sequentia recusavit: tunc non obtemperasse videtur: id est, si non fecit ea, quæ sequuntur rei vindicationem; sive si post latam sententiam non est passus, rem a se abduci aut auferri, qui est finis rei vindicationis: non obtemperavit jus dicenti; quia non observavit extremum iurisdictionis. Inde visum Balduino Not. ad h. t. & Ranchino lib. 3. Var. lect. c. 15, ita scribere in d. §. 1. Is non videtur jus dicenti non obtemperasse, qui quod extremum in iurisdictione est, fecit: veluti si quis rem mobilem vindicari a se passus non est, sed duci eam vel ferri passus est. ceterum si & sequentia recusavit, tunc non obtemperasse videtur. Sic illi, at verisimilius est, attendentibus ad Edicti verba, maluisse Ulpianum definire, quis in Edicto non vi-

deatur obtemperare jus dicenti, quam definire, quis dicatur ei obtemperare. Constat autem receptæ lectioni ratio: si putemus, esse Ellipsin post hæc verba, Veluti si quis rem mobilem vindicari passus non est, sed duci eam vel ferri passus est; & subaudienda esse verba, jus dicenti obtemperasse videtur. Talem Ellipsin D. Cujacius hic, & in l. 12. D. de captivis, notavit lib. 24. Observ. c. 25. & c. 31. Ita sine emendatione sequitur illud, Ceterum, & reliqua. Punitur igitur hoc Edicto ille, qui jus dicenti non obtemperat. Quid, si is sit procurator tuus, vel tutor, vel curator? ait Ulpianus l. unic. §. 2. D. h. t. ipsum puniri, non dominum, vel pupillum. Nec movet: quod præcedente Titulo contra est dictum ex l. 3. §. 1, non puniri procuratorem, qui iniquum jus impetravit: sed dominum, qui ei mandavit postulare. Nam facile a pœna excusatur, qui jus novum veracunde postulavit a Magistratu, cum posset ignorare Edicti severitatem. sed quam habet excusationem, qui manifesta vi resistit executioni Magistratus contra bonos mores, quos ignorare in civili societate non potuit l. 199. D. de reg. jur.? Illud magis mirere: quod deinde in §. 3. d. l. ait Ulpianus, Non solum autem reum, qui non obtemperavit, hoc Edicto teneri, Labeo ait; verum etiam petito rem. Ut enim reo facile incumbat Edictum, si actori condemnatus sit: ubi tamen reo condemnatur actor? Sed videamus, ne id locum inveniat in mutuis petitionibus.

Porro ait Prætor: Adversus eum, quanti ea res est, iudicium dabo. In his verbis proponitur actio in factum, non ad id, quod interest, sed quanti ea res est: hoc est, quanti ea contumacia a Iudice pro re nata æstimabitur: ut solet fieri, ubi definita pœna non est. Dabitur igitur agenti actio, quanti ea res est: et si nihil intersit ejus. atque hoc si est: verissime ait Ulpianus d. l. unic. §. ult. ei consequens esse, ut meram pœnam contineat: ideoque detur quidem adversus ipsum, qui non obtemperaverit jus dicenti: sed in heredem non detur: neque magis post annum. Ceterum, ut initio monui, cui eam actionem dari, & pœnam cedere velit Prætor, ex hoc Ulpiani Fragmento conjici nequit: etsi in Edicto olim id fuisse scriptum, mihi persuadeam. sed hodie liquet nusquam: & ideo non est una Interpretum sententia: aliis utramque eam actori, aliis unicuique de Populo, concedentibus. Quod discrepat, sit in medio. tu vide sis Jacobum Cujacium d. lib. 24. Observ. c. 25. & Emundum Merillium lib. 1. Variantium ex Cujacio c. 6. ipse nihil definiam pro certo in re facti; in qua tam hoc, quam illud, fuisse potest: sine Veterum auctoritate non probans ratiocinationem plerumque fallacem aut vanam, etsi sæpe non improbabilem.

T I T U L U S IV.

De in jus vocando.

Post tractatum de iurisdictione, sequitur, ut explicetur ordo, quo in jure, inque judiciis procedi debeat. Non est autem dubium, quin non oporteat sumi initium ab executione. contra debet actio prius dirigi adversus reum; inde lis contestari; postremo sententia ferri, causa cognita l. 1. C. de execut. rei judic. l. unic. C. de prohib. sequestr. pecun. l. 40. D. de minorib. adeo vere ait Imperator §. ult. Inst. de poen. rem, litig. omnium actionum instituen-

darum principium proficisci ab ea parte Edicti, quod est de in jus vocando.

Solet autem in jus vocare a multis confundi cum citare: cum Veteres utrumque verbum distinxerint. dixerunt enim, citari reum; ubi ipsa cognitionis die, ei ante dicta per in jus vocationem, sequentemque stipulationem, in foro, inque tribunali, etiam in iudicio, (nam ad hoc quoque citatio pertinet) voce præconis evocatur; ut appareat, utrū præ-

sens sit, an non sit; idque sapius fieri potest *l. 7. D. de in integr. restit. l. 73. D. de judic. l. 10. D. de public. judic.* cum in jus vocatio fiat semel, & tantum ad eum, qui jus dicturus sit *d. §. ult. Inst. de pœn. temp. litig.* ut dudum observavit Duarenus *lib. 1. Disput. anniv. c. 7.*

Est igitur in jus vocare, ad Prætores vocare: nam jus est locus, ubi Prætor jus dicit, salva maiestate imperii sui, *l. pen. D. de just. & jur.* dicitur tamen etiam in iudicium vocare eodem sensu, quo in jus vocare *l. 1. §. 3. D. de admin. tutor. l. 3. D. de eo, per quem fact. erit. l. 2. §. 2. D. Qui satisd. cog.* eodemque modo cautio iudicio fisci dicitur pro fisci ad Prætoris sellam *l. 1. §. 1. D. Si quis in jus vocat. non ier.* quia (ut vidit Cujacius *lib. 10. Observ. c. 10.*) Prætor Judex est vetere appellatione; & a Præto agendi potestas permittitur, cum ab eo postulatur actio, cum exceptio, Judex etiam; denique omnis conceptio futuri iudicii constituitur, data formula, dato Iudice, & die, quo ad eum, post litis contestationem (nam inde incipit acceptum iudicium *l. unie. C. de lit. contest.*) non juris, sed facti, discutiendi causa ad eum. Est igitur in jus vocare ad Prætores vocare, Ulpianus *l. 1. h. t.* respiciens ad finem vocationis in jus ait, in jus vocare esse juris experiundi causa vocare. Dixi, quid sit in jus vocatio.

Quæris, quomodo fiat? dicam, aliam esse formam ex Duodecim Tabulis, aliam jure novo. olim ex Duodecim Tabulis privatim fiebat per actorem: nec erat Prætoris permisso opus; ne apparitore quidem. quin ultro licebat actori, dicere occurrenti sibi in via debitori: ambula in jus; seque in jus; ego te in jus voco, aut simile: ut ex comædiis Plauti & Terentii omnibus notum. tenebatur vero sic vocatus vocantem sequi in jus, & quidem illico, quod nisi faceret: erat actori jus, aliquos ex prætereuntibus, aut amicis eum in finem advocatis, antestari, id est, rogare, vellentne esse testes. quibus affirmantibus, velle: deinde permittebatur actori, post attractam eorum autem (id enim fiebat, cum adjectione verbi, *memento*) reo moranti, aut frustranti, aut pedem struenti ad fugam, manum injicere; eumque obtorto collo ducere & trahere in jus, etiam invitum. Rem totam sic describit Horatius *lib. 1. Sermon. Sat. 9.*

----- Casu venit obvius illi

Adversarius, & quo tu, turpissime, magna

Exclamat voce. Et licet antestari? ego, vero

Oppono auriculam: rapit in jus. clamor utrimque,

Undique concursus. -----

Hoc jus erat, si præsens esset reus. at si latitaret, aut aliter non esset actori potestas cum eo agendi: solebat actor die postulationum implorare Prætoris auxilium. Prætor vero, re summatim cognita, jubebat reum evocari ad sui defensionem aut denunciationibus, si ita domi latitaret, ut aditum ad se admitteret; aut edictis, si aditum ad se non præstaret; aut literis, si Roma abesset. quod si reus non pareret primæ Prætoris evocationi: decernebat Prætor secundam, & actorem simul mittebat in bona latitantis, fere custodiæ gratia, ac si tertium evocatus non compareret ad sui defensionem: jam non procedebatur ad sententiam; (non enim hoc erat moris ante litem contestatam; nec magis erat locus edicto peremptorio, de quo agitur *l. 68. & seqq. D. de judic.* ut male existimavit Scipio Gentilis *lib. sing. Origin. pag. 286.* nam & hoc demum habuit usum post litem contestatam *l. 71. & 73. D. eod. tit.*) sed Prætor altero decreto rei bona ab actore possideri

ac distrahi post triginta dies jubebat. id indicat Paulus *l. 19. h. t.* plenius Ulpianus *l. 21. §. 2. D. Ex quib. caus. maj.* sed plenissime Jacobus Cujacius *lib. 10. Observ. c. 10.* & Carolus Sigonius *lib. 1. De judic. c. 18.* Saltem addam hoc Plauti *Aulul. 2. 4.*

Pulmentum pridem ei eripuit milvus:

Homo ad Prætores deplorabundus venit.

Insu ibi postulare plorans, ejulans,

Ut sibi liceret milvum vadarius.

Sic fuit ex Duodecim Tabulis. idemque obtinuit jure Pandectarum: mitigatum tamen Edicto Prætoris. quo de porro acturus ero. Explicantur autem sub hoc Titulo tria capita. primo vetuit Prætor, quasdam personas omnino vocari in jus. altero permisit, quasdam vocari quidem, sed non aliter, quam ante venia a se impetrata. postremo in eum qui secus fecerit, posuit pœnam quinquaginta aureorum. Tenor primi capitis magna ex parte intelligitur ex Ulpiano, Callistrato, & Gajo *l. 2. 3. 4. & 22. h. t.* Tantum in transcurso annotabo, quod Ulpianus in *d. l. 2.* nominat Magistratus, qui habent imperium, qui possunt aliquem coercere, & jubere in carcerem duci. Tales vero sunt Magistratus majores, a quibus minores distinguit Ulpianus *l. 32. D. de injuriis.* In eadem *l. 2.* ait Ulpianus, *Nec Pontificem dum sacra facit, nec eos, qui propter loci religionem inde se movere non possunt.* Jacobus Rævardus *lib. 1. Var. c. 6.* emendat, *inde se moveri non possunt.* Sed servanda vetus lectio, *inde se movere:* cujus sensus, *inde discedere:* ut in *l. pen. D. de vacat. mun.* quod animadvertit Cujacius *lib. 13. Observ. c. 29.* ac spectat huc illud Senecæ *lib. 1. de tranq. anim. c. 10:* *Quosdam exilia uno loco tenent, quosdam sacerdotia.* In eadem *l. 2.* ait quoque Ulpianus, *Nec eum, qui in causa publica equo publico transvehatur.* Ad hunc locum potest referri Livius *lib. 9. in fin.* & Suetonius *Octavio c. 38.* Superioribus exemplis addi possunt alia. primum est, si in jus vocatus satis aut cautum dederit, vel quis ejus personam defendet; vel si dum in jus venit, de re transactum fuerit. nam vocatum vel sic excusari a necessitate sequendi in jus, apparet *l. 22. h. t. & infra Titulo VI. & VIII.* Simile exemplum est, si quis se receperit intra domum suam, innuit Cicero *Pro domo c. 42.* Verba Ciceronis, *Quid est sanctius, quid omni religione munitius, quam domus uniuscujusque civium? hic ara sunt, hic foci, hic dii penates, hic sacra, religiones, caeremonia continentur: hoc perfugium est ita sanctum omnibus, ut inde abripi neminem fas sit.* Sic Cicero. Nec minus Gajus *l. 18. h. t.* Plerique, inquiens, putaverunt, nullum de domo sua in jus vocari licere: quia domus tutissimum cuique refugium, atque receptaculum sit: eumque, qui inde in jus vocaret, vim inferre videri. Si tamen reus aditum ad se præstet, aut ex publico conspiciatur; Julianus, Paulo teste *lib. 1. Ad Edictum,* ait recte in jus vocari eum *l. 19. h. t.* id est, ei diem dici. ita et si is, qui domi est, interdum in jus vocari possit; tamen de domo sua nemo extrahi debet; ut idem Paulus eodem libro monet *l. 21. h. t.* Eodem & sequens spectat argumentatio apud Quintilianum *lib. 7. Inst. Orat. c. 8 p. 556.* *Ex domo in jus educere ne liceat: tabernulis eduxit.* Insuper ait Gajus *l. 20,* etiam licere in jus vocari a vinea, balneo, & theatro. Jacobus Cujacius *lib. 21. Observ. c. 38,* motus auctoritate Græcorum, *Basilic. lib. 7. tit. 8. tom. 1. pag. 332,* pro vinea probabiliter mavult, *janua, vel janea:* licet Veterem scripturam defendat Samuel Petitus, *Ad leg. Attic. lib. 4. tit. 2. pag. 316.* Porro ait Gajus

Gajus *h. t. l. 22*, Neque impuberes puellas, quæ alieno juri subjectæ essent, in jus vocare permissum esse. Præterea possit huc adduci *l. 4. D. de judic.* conjungenda cum *l. 107. D. de reg. jur.* cum utraque sit ex eodem Gaji lib. 1. Ad Edictum provinciale: item *l. 48. D. de verb. sign.* sed quia has exposuere Jacobus Cujacius *lib. 7. Observ. c. 16*, & Jacobus Gothofredus ad *d. l. 107*, satis erit, indicasse, ubi quod opus sit, inveniri queat.

Secundum Edicti caput Ulpianus *l. 4. §. 1. h. t.* sic repræsentat. *Parentem, patronum, patronam, liberos, parentes, patroni, patronæ, in jus sine permissu meo ne quis vocet.* Hæc verba cum Ulpianus, tum Paulus in *d. l.* & aliquot sequentibus exponit late. At Modestinus rem paucis absolvit *l. 13. h. t.* sic scribens: *Generaliter eas personas, quibus reverentia præstanda est, sine jussu Prætoris in jus vocare non possumus.* Sed Modestini brevitatis non est sine difficultate. est enim dubitatum, quibus debeat reverentia: quando & præceptoribus & senibus eam præstari, ipsa suadet humanitas. De præceptoribus Seneca *Epist. 64.* & pulchre æque Juvenalis *sat. 7. vers. 209.*

- - - Præceptorem sancti volvere parentis
Esse loco. - - -

De senibus constat ex *l. 5. D. de jur. immunit.* apud Ovidium quoque est.

Magna fuit quondam capitis reverentia cani.

Sed mihi verior videtur esse sententia existimantium, a Modestino indicari reverentiam non qualem qualem, sed legis necessitate præstandam, neque excedentem appellationes in Edicto expressas: inter quas est patroni heres, etsi extraneus, item patroni uxor *l. 1. §. 2. C. h. t.* addamus personas proximas parentibus, sive quæ ut parentes honestissime salutantur: quales sunt socer, socrus, vitricus, norverca. optime Plinius *lib. 7. Nat. hist. c. 13. Q. Messellus Macedonicus cum sex liberos relinqueret, undecim nepotes reliquit, nurus vero, generosque, & omnes, qui se patris appellatione salutarent, viginti septem.* Vitrici quoque affectus paternus laudatur *l. 15. C. de negot. gestis.*

Ait Prætor, *In jus, nisi permissu meo ne quis vocet.* Recte: permissurus enim est, si famosa actio non sit, vel pudorem non sugillat, qua patronus convenitur, vel parentes. & totum hoc, causa cognita, debet facere. nam interdum etiam ex causa famosa, ut Pedius putat, permittere debet, patronum in jus vocari a liberto: si eum gravissima injuria affecit, flagellis forte cecidit *l. 10. §. 12. D. h. t.*

Tertium Edicti caput proponit Ulpianus *l. 24. D. h. t.* his verbis: *In eum, qui adversus ea fecerit, quinquaginta aureorum judicium datur.* Sensus tamen hujus Edicti sic non est plenus. cui enim competat hæc actio, in his verbis non exprimitur. etsi probabile est, eam dari ei, qui injuria affectus sit: non Fisco. præbet argumentum: quod non potest remitti a Fisco *l. 2. C. h. t.* ut ab eo non remittuntur cætera privatorum jura *l. 2. l. ult. C. Si contra jus vel util.* Datur ergo hæc actio ipsi in jus vocato, an

& heredi ejus? non puto: ut nec in heredem datur; nec ultra annum *d. l. 24.* quia est pœnalis. hoc amplius similis actioni injuriarum: quæ non magis heredi datur, quam adversus heredem *§. 1. Inst. de perpetuis & tempor. act.* Ad quid detur hæc actio, vix opus quæri: apparet enim, dari ad pœnam quinquaginta aureorum. Illud quæri possit: an semper detur? scio: generalia sunt Edicti verba. sed Paulus *l. 11. D. h. t.* sic scribit. *Quamvis non adjiciat Prætor, causa cognita, se pœnale judicium daturum: tamen Labeo ait, moderandam jurisdictionem.* Et adfert hoc exemplum Paulus: veluti, si pœniteat libertum, & actionem remittat; vel si patronus vocatus non venerit; aut si non invitatus vocatus sit: licet Edicti verba non patiantur. An & rusticitati, seu imprudentiæ, aut ætati, parcitur? possit dubitari: quia Paulus *l. 108. D. de regulis juris*, quæ est ex ejus libro IV. Ad Edictum, ex quo & *d. l. 11.* (& multæ aliæ hujus Tituli) Fere, inquit, *in omnibus pœnalibus judiciis & ætati & imprudentiæ succurritur.* Sed meditare ait Paulus, Fere in omnibus pœnalibus judiciis succurri ætati & imprudentiæ. nam in hoc Edicto rusticitati non dari veniam, Nocturno cuidam clare rescripsit Gordianus *l. 2. C. h. t.* & causatur; quod naturali ratione honor hujusmodi per-tonis debetur.

Hactenus exposui jus XII. Tabularum, itemque Edicti perpetui, solitum in Pandectis observari circa in jus vocationem. sed deinde paulatim abolitum, maxime sub Græcis Imperatoribus: in quorum Constitutionibus frequens mentio conventionis, per viatorem executoremve faciendæ: ut in *l. 3. §. 7. C. de præscriptione trig. vel quadrag. an. l. 3. C. de annal. except.* etiam dicitur generaliter in *l. ult. C. de exhib. reis*, neminem esse in judicio exhibendum, nisi de cujus exhibitione Judex pronuntiavit.

Tandem Justinianus in Novellis hanc introduxit formam in jus vocationis: ut primum actor libellum deponat apud acta. hunc apparitor reo offerat, itaque eum vocet in jus. reus vero simul acceperit conventionalem libellum, ei subscribat, superscribatque ex adverso libelli, se eum tali accepisse die: ac, nisi malit statim comparere, dato fidejussore, caveat de judicio sisti: & solvat pro conventionem sportulas. E diverso actor quoque reo præstat cautionem de contestanda lite intra duos menses sub pœna dupli, ob damnum sportularum, item de permanendo in judicio usque ad finem litis; nec non de decima parte quantitatis libello comprehensæ sumptuum nomine adversario præstanda, si judicatus erit, litem temere movisse. Peracta ad hunc modum vocatione, indulgentur reo ad deliberandum, utrum velit cedere, an contendere, & coram eo Judice ad quem vocatus est, respondere, viginti dies numerandi ab eo die, quo reus per apparitorem in jus vocatus est. ita in *Novell. 53. 96. §. 112.* unde desumpta est *Authentic. Offeratur, & Auth. Libellum C. de litis contestatione.*

TITULUS V.

Si quis in jus vocatus non ierit: sive quis eum vocaverit, quem ex Edicto non debuerit.

Hic Titulus pertinet ad tuitionem vocationis in jus: quam a privatis fieri sinebat Lex Duodecim Tabularum. jubebat quidem illa, in jus vocatum statim sequi vocan-

tem; sed interim pœnam, si frustraretur, non addebat. tantum patiebatur, reum, prævia antestatione, rapi & duci in jus. igitur Prætor, ut succurreret verecundiæ eorum, qui

qui a vi illa, quamquam permiffa, abhorrent; fimul Legis voluntatem exequeretur: Edicto cavit; ut in jus vocatus ex quacumque caufa, veniat ad eum, qui iurisdictioni præft: ad hoc, ut fciat, an ejus fit iurisdiction. auctor Paulus l. 2. D. h. t. Ulpianus l. 5. D. de judiciis plus postulat, eum quamquam ex aliena iurisdictione vocatur, venire debere: idque Legatos facere inquit; ne contemnant jus dicentis majestatem.

Quod fi in jus vocatus non ierit: ait Paulus l. 2. §. 1. D. h. t. quod ex caufa a competente Judice multa pro iurisdictione Judicis damnabitur, fed excusabitur, qui per rusticitatem non venit. item, fi nihil interfit actoris, adverfarium eo tempore in jus veniffe; remittit Prætor pœnam: puta, quia feriatus dies fuit. Simile dicendum eft, fi forte in jus

vocatus fit, quem ex superiore Edicto in jus vocari non oportuit. nam is neque fequi tenetur, neque duci debet: ut apparet ex hac Rubrica, itemque ex Infcriptione l. 48. D. de verb. signif. nec inverifimile eft, (quod Ranchinus putat) caput Edicti fuiſſe tale. *Si quis eum vocaverit, quem ex Edicto non debuerit, qui vocatus erit, neque fequatur, neque ducatur.* de quo loco erudite Cujacius lib. 7. Obſerv. c. 16. Quid, fi vocatus non pertineat ad jus dicentis iurisdictionem? adhuc venire eum debere, apparet ex d. l. 5. D. de judiciis: quæ eft ex Ulpiani Commentario ad hoc Edictum: monſtrante Infcriptione. Quid, fi venerit, & jus ſuum allegaverit? ſufficit: ac fi deinde non pareat Jus dicenti: ei impune eft l. ult.

D. de iurisd. §. l. 53. §. ult.

D. de re judicata.

TITULUS VI.

In jus vocati ut eant, aut ſatis vel cautum dent.

HOC Titulo Prætor etiam a neceſſitate ſequenti liberavit eos, qui vocati in jus, parati ſunt idoneè ſatis dare, iudicio ſiſti certo die. dedit id occupationibus, atque ipſi prope humanitati. poſt hoc igitur Edictum ſufficit in jus vocato alterutrum, aut ire, aut ſatis dare: & qui duxerit nihilominus, injuriarum tenetur. dandus tamen fidejuſſor locuples pro rei qualitate: niſi forte ſit perſona neceſſa-

ria, quæ in jus vocetur: ibi enim qualemcumque accipi, jubet Prætor; & in eum, qui non accepit, cum ſciret, eam neceſſitudinem perſonarum, promiſit quinquaginta aureorum iudicium: quoniam pro locuplete accipitur fidejuſſor in neceſſariis perſonis l. 1. 2. §. 3. D. h. t. Sed de his latius infra

Tit. 8. hujus libri.

* *

TITULUS VII.

Ne quis eum, qui in jus vocabitur, vi eximat.

EDICTUM hujus Tituli ſic concepit Ranchinus. *Ne quis eum, qui in jus vocabitur, vi eximat, neve faciat dolo malo, quo magis eximatur. ſi adverſus ea factum fuerit, in factum, quanti ea res eſt, iudicium dabo.* Indicio ei ipſe Titulus: item l. 4. §. 2. cum l. 5. D. h. t. Propoſuit autem Prætor hoc Edictum: ut metu pœnæ compelleret eos, qui in jus vocatos vi eripiunt. eratque hæc pœna neceſſaria. nam cum in jus vocatio, ſequentique ductio violenta, clamore faceret plerumque hominum coacurſum; ut ſupra apparuit ex Horatio lib. 1. Sermon. ſat. 9. fiebat aliquando, ut reus de manibus vocantis eximeretur. quod ne fieret, edixit Prætor, Ne quis eum, qui in jus vocatus, vi eximat; & ſi contra fiat, propoſuit in factum actionem. Hoc autem verbum, *Ne quis* tam marem, quam fœminam continet l. 1. D. de verb. ſignif.

Ait, *in jus vocabitur*: id eſt, ad Prætozem: ut ſupra dictum. nam ſi quis eximat vocatum ad pedaneum iudicem: ceſſabit pœna hujus Edicti. l. 3. §. 1. D. h. t.

Ait, *Vi eximat*. Verbum *Eximendi* eſt generale; & diſtinguitur a rapere. Eripere enim eſt, de manibus per vim auferre. Eximere, quoquo modo auferre: ut puta, ſi quis non rapuerit quem, ſed moram fecerit, quo minus in jus veniret: ut actioni dies exiret, vel res tempore amitteretur. ſed & ſi eo loci retinuerit, non abduxerit: videbitur exemiſſe, quamvis corpus non exemerit l. 4. D. h. t. itaque exempta actio dicitur l. 26. §. 4. D. Ex quibus cauſis majores. Plane cum ait Prætor, *vi eximat*, ad effectum reſpicit: & recte monet Ulpianus l. 5. §. 2. D. h. t. actorem debere docere, per hanc exemptionem eſſe factum, quo minus reus in jus produceretur. nam ſi nihilominus in jus productus eſt: ait, ceſſare pœnam; & præfatur, quod verba cum effectum accipien-

da ſunt.

Ait igitur Prætor, *Vi eximat*. An & dolo? Ulpianus l. 3. §. 2. D. h. t. ſufficit, inquit, vi, quamvis dolo malus ceſſet. Fac: (quod me docuit Bachovius, ad Part. 1. Pand. p. 480. §. ſeq.) aliquis vi exemiſit eum, quem per errorem putat non potuiſſe in jus vocari. non eſt dolo. tamen vis eſt: & hæc Edicto ſufficit, etſi errore admiſſa ſine dolo.

Ait Prætor, *Neve faciat dolo malo, quo magis eximeretur*. Si per alium quis exemerit: hac clauſula tenetur, ſive præſens fuit, ſive abſens l. 5. D. h. t. quod autem addit Prætor, *Dolo malo*, recte addit. nam poteſt ſine dolo malo id fieri: veluti, cum eſt juſta cauſa exemptionis l. 4. §. ult. D. h. t. Ea res movit Ofilium, ut putaret, non eſſe Edicto locum, ſi perſona, quæ in jus vocari non potuit, exempta eſt: veluti parens & patronus, cæteræque perſonæ. & ait Ulpianus, quod ea ſententia ipſi videtur verior: & ſane, inquit, ſi deliquit, qui vocat, non deliquit, qui exemiſit l. 1. §. 2. D. h. t. Ulpiano ſubſcribit Paulus l. 2. D. eod. nam, inquiens, cum uterque contra Edictum faciat, & libertus, qui patronum vocat, & is, qui patronum vi eximat; deteriore tamen loco libertus eſt, qui in ſimili delicto petitoris partes ſuſtinet. Eadem æquitas eſt in eo, qui alio quam quo debuerat, in jus vocabatur. Sed & fortius dicendum eſt, non videri vi eximi eum, cui ſit jus ibi non conveniri. Quod ſi quis exemiſit ſervum in jus vocatum, Pedius putat, ceſſare Edictum: quoniam non fuit perſona, quæ in jus vocari potuit. l. 3. D. h. t. quia cum ſervo nulla actio eſt: ut commode Gajus l. 107. D. de reg. jur. ubi de in jus vocando eum egiſſe, probabiliter obſervat Jacobus Gothofredus.

Ait Prætor: *Quanti ea res eſt, iudicium dabo*. Hoc iudicium in factum eſſe, Ulpianus ait

ait *l. 5. §. 1. D. h. t.* & dari in eum qui vi exemit: addit quoque, quod eo non continetur id quod in veritate est: sed quanti ea res de qua controversia est, ab actore est aestimata: & hoc, inquit, additum esse: ut appareat, etiam si calumniator quis sit, hac tamen poena eum teneri. quod & Paulus probat *l. 4. §. 1. D. h. t.* de quibus plene & diligenter Jacobus Gothofredus *lib. Animadvers. c. 1.* Est igitur hæc actio metapoena: ideoque is qui debitorem

vi exemerit, si solverit, eum non liberat; quia poenam suam solvit *l. ult. D. h. t.* quod si plures deliquerunt, in singulos dabitur actio: & nihilominus manet qui exemptus est, obligatus *l. 5. §. 3. D. h. t.* Eadem ratione non datur hæc actio post annum, neque adversus heredem, an heredi? negat Ulpianus *d. l. 5. §. ult. D. h. t.* quamquam non ideo, quod est poenalis: sed quod est instar actionis injuriarum: de qua in *§. 1. Inst. de perpet. & tempor. act.*

TITULUS VIII.

Qui satisfacere cogantur, vel jurato promittant, vel sua promissioni committantur.

Dixi supra Titulo sexto hujus libri, in ius vocatum, si satisfat judicio sisti, dimittendum esse; & eum qui duxerit, injuriarum teneri: Prætor enim reo dedisse electionem; utrum malit ire in ius; an idonee cavere: sed quia dixi perfunctorie, & quasi in transitu; ideo hic agam diligentius. Et in primis sciendum, satisfactionem differre a cautione, item a satisfactione, est enim generale satisfactionis verbum, nihil aliud significans, quam explete alterius desiderium. itaque & solutionem complectitur, & quamlibet aliam satisfactionem: nam & novatione & acceptilatione creditori satisfieri dicimus *l. 9. §. 3. D. de pign. act. l. 21. §. ult. D. de const. pec. l. 52. D. de sol.* at cautionis appellatio satisfactione quidem strictior, satisfactione vero latior est. nam cavere est, adversarium facere secutum. proinde & pignoribus cavemus, & fidejussoribus *l. 1. §. 1. D. de verb. sign.* nec minus nuda repromissione. at *satisfacere* dicimur, (inquit Gajus *l. 1. D. h. t.*) *adversario nostro, cui pro eo quod a nobis petuit, ita cavimus, ut eum hoc nomine securum faciamus datis fidejussoribus.* Sic legendum *cavimus*, & *cui*: non ut vulgo *cavit* & *qui*. quamquam *qui* & *cui* etiam eodem modo & scripta & pronuntiata fuerunt a Veteribus. non adscribo exempla: plenis manibus talia brevi dabit amicus, olim etiam auditor meus, Henricus Brenckman, vir egregius, & pulcherrima peregrinatione ad juvandam Jurisprudentiam instituta omnibus bonæ mentis studiosis tam carus quam notus. Sed in viam.

Satisfacimus igitur solis fidejussoribus: maxime ubi Prætor exigit satisfactionem *l. 7. D. de prætor. stip.* Ejusque rei adfertur ratio: quod in Prætoriiis stipulationibus venit id quod interest. in quo ut difficulter intelligitur, qualia sufficiant pignora; ita visum, melius fidejussoribus caveri, quam pignoribus. adde, quod pignora aliquando non inveniunt emptorem, etiam sæpe casibus sunt obnoxia. præterea erat olim major facilitas conveniendi fidejussores, quam pignora, ante inventa fidejussorum beneficia, quidquid erit: cum satisfactionem audimus; fidejussoriam intelligimus: nisi abutimur verbo; ut sit, si stipulator qui poterat fidejussores exigere, nuda promissione sit contentus. nam eo casu etiam repromissionem satisfactionis appellatione complectimur *l. 61. D. de verb. signif.* non quasi veniat vi verbi, sed placito partium. Non obstat his, ut creditur, Ulpianus *l. 1. §. 9. D. de collatione bonorum.* nam sic intelligendus, quasi ad hæc verba, *jubet Prætor ita fieri collationem, ut recte caveatur* quærat, quid significet, *caveatur*? Et ait, Pomponium putare, caveri per satisfactionem oportere. nempe, quia hæc solet præstari in stipulationi-

bus Prætoriiis *l. 3. D. de stipul. prætor.* Est igitur satisfactum Prætori, si sit satisfactum; etsi jubeat caveri. Deinde subjicit Ulpianus, An pignoribus caveri possit, videamus? hoc est, an pignoribus quoque caveri possit? ait autem Ulpianus, eundem Pomponium scripsisse, & reis & pignoribus recte caveri de collatione, & ita se quoque existimare: hoc est, etsi in Prætoriiis satisfactionibus tantum fidejussores admittantur, non etiam pignora: de collatione tamen tam pignoribus, quam reis, seu fidejussoribus, caveri. quæso, quid ita? quia in eo Edicto Prætor non satisfactionem, ut alias, sed cautionem exegit. cautio autem non minus pignora, quam fidejussores admittit. Sic censeo: ac simile quid in *l. 4. §. 8. D. de fideicom. libert.* Exposui verborum usum.

Sequitur, qualem quisque præstet cautionem. non enim unam omnium venire, Rubrica indicat. prima certe pars ait esse qui satisfacere cogantur. puto autem, ex Edicto omnes teneri satisfacere qui in ius vocantur, & quidem idonee: nisi si qui excipiantur. Paulum audi *l. 1. D. In ius vocati ut eant.* Verba Pauli: *Edicto, caveatur, ut fidejussor judicio sistendi causa datus, pro rei qualitate locuples detur.* Ait, *Locuples.* Sed hunc unde aestimamus? Ulpianus *l. 2. D. h. t.* locupletem putat intelligi ex duobus: nimirum ex facultatibus, & ex conveniendi facilitate. primum ex facultatibus. Inde Gajus *l. 234. §. 1. D. de verb. signif.* Locuples est, inquit, qui satis idonee habet pro magnitudine rei quam actor restituendam esse petit, talis (si audimus Gajum *l. 9. & Paulum l. 10. D. h. t.*) vel re vera est, vel juris præsumptione intelligitur; ut si ab arbitrio sit probatus. nam si in alteram partem iniquum sit arbitrium; potest querela deferri ad competentem judicem: qui judex ex causa improbat ab arbitrio probatos, alias improbatos probat. ita Paulus *l. 10. D. h. t.* dum expungatur signum §; & totus locus continuo legatur spiritu: quod unus observavit Cujacius ad Paulum, idem putat Paulus esse multo magis: si cui dandi erant fidejussores, is eos sua voluntate accipiat: & tamen inquit, si medio tempore fidejussoribus insignis calamitas, vel magna inopia accidit, causa cognita, ex integro satisfaciendum est *d. l. 10. pr. & §. 1.* Ita res huc redit: ut quoties vitiose cautum vel satisfactum est: non videatur cautum *l. 6. D. h. t.* & commode dicitur *l. 4. D. de stipul. prætor.* quod Prætoriae stipulationes sæpius interponuntur, cum sine culpa stipulatoris cautum esse desiit. Sed non tantum ex facultatibus locuples reputatur fidejussor; sed, ut dixi, etiam ex conveniendi facilitate. proinde etsi fidejussor non negetur idoneus; sed dicatur habere fori præscriptionem;

& petitor metuat, ne utatur jure fori : merito recusatur. quod si non possit alias caveri : prædicendum ei, non usurum cum privilegio, si conveniatur. sic Ulpianus l. 7. D. h. t. et si lib. 14. Ad Edictum ex quo est l. 5. D. de petit. hered. eoque appareat, proprie non pertinere ad hunc locum. at idem docet fere l. 1. D. Si quis in jus vocat. non ier. Simili ratione, qui mulierem adhibet ad satisfaciendum, non videtur cavere; nec magis miles, nec minor viginti quinque annis l. 8. §. 1. & 2. D. h. t.

Caveretur igitur Edicto, ut fidejussor iudicio sistendi causa datus, pro rei qualitate detur locuples : exceptis necessariis personis. ibi enim qualemcumque accipi, jubet Prætor : quoniam pro locuplete accipitur in necessariis personis l. 1. 2. 3. D. In jus vocati ut eant. verba Prætoris talia referuntur l. 2. §. 2. D. h. t. Si quis parentem, patronum, patronam, liberos aut parentes patroni, liberosve suos, cumve quem in potestate habebit, vel uxorem, vel nurum in iudicium vocabit, qualiscumque fidejussor iudicio sistendi causa accipiat. Sic editur. sed Cujacius, lib. 7. Observ. c. xi, ad fin. pro, cumve quem in potestate habebit vel uxorem vel nurum, ponit, eamve quam in potestate habebit vel uxorem vel nurum. Desumit argumentum ex d. l. 2. D. In jus voc. ut eant, & d. l. 2. §. 3. D. h. t. arbitratus, ex his liquere, verbis, eumve quem in potestate habebit, non intelligi liberos in patris potestate existentes, quos Edictum his comprehenderat verbis, Liberosve suos : sed uxorem & nurum quæ sint in manu & familia mariti aut soceri. Hæc de Edicti restitutione, at verba explicat Ulpianus d. l. 2. §. 3. & 4 : ut ibi videri potest.

Interim, ne quis negligat debitam necessitudini reverentiam, promittit Prætor in eum qui non acceperit qualemcumque fidejussorem, cum sciret eam necessitudinem personarum, iudicium quinquaginta aureorum : auctore Callistrato l. 2. D. In jus vocati ut eant.

Illud nescio an addam ; quod hæc satisfactio fit per stipulationem ; & quidem aliquando interveniente Prætoris auctoritate : quo casu Prætoria appellatur l. 1. §. 3. D. de Prætor. stipul. solet etiam dies qua reus sistatur, adjici vel consensu litigantium, vel iudicis interventu l. 8. D. h. t. Videtur quoque Prætor adjecisse de modo itineris per singulos dies faciendi l. 1. D. Si quis cautionibus.

Finis satisfactionis ; ut reus iudicio sistatur condita die. quod si fiat : liberatur fidejussor. sin minus : Prætor in fidejussorem dat actionem, quanti ea res est. quod utrum veritatem contineat, an quantitatem, quæri potest. sed melius est, ut in veram quantitatem fidejussor teneatur ; nisi pro certa quantitate accessit l. 2. §. 5. D. h. t. igitur sive in duplum est actio, sive tripli aut quadrupli : tanti eundem fidejussorem omnimodo teneri dicemus ; quia tanti res esse intelligitur l. 3. D. h. t. Si tamen decesserit qui fidejussorem dederit iudicio sistendi causa, non debet Prætor jubere exhiberi eum. quod si ignorans jusserit exhiberi, vel post decretum ejus ante diem exhibitionis decesserit : deneganda erit actio. si autem post diem exhibitionis decesserit, aut amiserit civitatem ; utiliter agi potest l. 4. D. h. t. sed non idem est in satisfactione iudicatum solvi l. 5. D. h. t.

Alter Rubricæ pars est, Vel jurato promittant. Hæc pars indicat, esse qui in jus vocati, non cogantur satisfacere ; sed defungantur, si jurato promittant. Ad hanc partem una pertinet l. ult. D. h. t. in qua ait Paulus, quod qui jurato promisit iudicio sisti, non videtur pejerasse, si ex concessa causa hoc dese-

ruerit. Interim qui jurato promittant, non tradit hic Titulus. sed puto, sic cavere viros Illustres & Clarissimos l. 17. C. de dignitatib. l. 12. C. de proxim. sacror. scrip. lib. 12. tit. 19 : ad eosque domum mitti ad jurandum, Paulus docet l. 15. D. de jurejurando : quæ est ex lib. 6. Ad Edictum ex quo est d. l. ult. Est porro pervulgata cum in Academiis, tum in Foro sententia, idem jus indulgeri his qui nequeant invenire fidejussorem iudicio sisti : modo sacramento hoc affirmant ; & deinde juratoriam cautionem præstent. At eam sententiam a jure alienam esse, mihi semper persuasi. Scio, pro ea adferri Novellam 112. c. 2. Sed in ea nihil tale. tantum ibi agitur de satisfactione pro litium expensis ab actore præstanda ante reorum citationem : ceterum de cautione iudicio sisti a reo præstanda, ne ei necesse sit in jus venire, quæ de cautione præsens agit Titulus, nullum exstat vestigium. igitur frustra petitur inde, ubi inducta non est. at nec ante hanc Novellam obtinuit ; solito antiquitus Prætor, concedere actori, volenti iudicio experiri, adversarium suum in jus vocare ; ac nisi satis vel cautum det, post antestationem, in jus ducere ad Prætorum, postulationibus sedentem ; alioquin in carcerem, ubi servetur in sequentem postulationis diem, in jure sistendi causa. Ejus rei testimonium in hoc Plauti, Persa, 2. 4. 18. S. A. Vadatur hic me. P. A. Utinam vades desint, in carcere ut sis. Plauto addam Justinianum l. 19. C. de testibus : nam ex ea claret, teneri reos in jus vocatos, actori cavere datis fidejussoribus : quod nisi faciant, in carcerem detrudi. idemque obtinuisse in testibus, testimonii causa in jus vocatis : licet parati essent, juratoriam præstare cautionem : donec hos a regula juris exceperit Justinianus d. l. 19 : præfatus, absurdum esse, quibus jurantibus creditur pro toto litis certamine ; ipsis non credi jurantibus, se certo die in iudicio adfore testimonii gratia. Hæc igitur cum in testibus sit exceptio ; perseverat regula in reis in jus vocatis, in quibus mutata non est. Sed hoc plenius tradidi lib. 2. Observ. c. 20. Verius admittantur ad juratoriam cautionem possessores bonorum immobilium. quin est insignis error Interpretum ; existimantium, eos possessores suæ substantiæ committi sine jurejurando. Non accersam argumenta : re certissima ex l. 8. C. de Principib. agent. in reb. lib. 12. tit. 22. item l. ult. §. 1. C. de sportulis, & l. 26. §. 6. C. de Episcop. audient. subolvit hoc Cujacio V. CL. lib. 12. Obs. c. 22, & ad Novell. 53. Meo igitur iudicio, quod ait Macer l. 15. D. h. t. possessores immobilium rerum satisfacere non compelli, sic accipiendum ; ut quidem non cogantur satisfacere ; sed idcirco non sint liberi a juratoria cautione, etsi parati sint, sua bona obligare d. l. 8. Sic, si immobilium possessor nomine suo intervenit. quid, si alterius defensionem suscipiat : tum, etsi locupletissimus sit, non videtur defendere, nisi satisfacere fuerit paratus l. 51. §. 2. l. 52. & 53. D. de procurat. Ceterum quis sit possessor, late explicat idem Macer d. l. 15. §. 1. & seqq.

Tertia Rubricæ pars est, Vel sua promissioni committuntur. Ex ea vero intelligimus, esse aliquos qui in jus vocati, neque satisfacere, neque jurato promittere, coguntur : sed suæ promissioni committuntur. tales in primis sunt Fiscus & Respublica l. 1. §. 18. & l. 6. D. Ut legator. seu fideic. serv. caus. cav. quibus forte jure novo addendi sunt Clerici ex l. 25.

§. 1. & l. 33. §. 3. C. de Episc.

& Cleric.

* * *

TITULUS IX.

Si ex noxali causa agatur, quemadmodum caveatur.

PRÆCEDENS Titulus egit de cautionibus, quæ pro hominibus liberis interponuntur. præsens ostendet, quomodo pro servis caveatur, si ex noxali causa agatur. Si quis ergo promiserit, servum, de quo sit noxalis actio; iudicio sistere; is iubetur eum exhibere in eadem causa; donec iudicium accipiatur. ea de re ita Ulpianus in *l. 1. D. h. t. Si quis eum, de quo noxalis actio est, iudicio sisti promiserit*: Prætor ait, in eadem causa eum exhibere, in qua tunc est, donec iudicium accipiatur. Quid sit, in eadem causa sistere, videamus. Et Ulpianus putat verius, in eadem causa sistere videri eum, qui ad experendum jus actoris non facit deterius *d. l. 1. §. 1. Et l. 2. D. h. t.* Inde quaeritur, an in eadem causa sistatur, qui liber factus sistitur? Ea quaestio ab Ulpiano *l. pen. D. h. t.* sic definitur. *Si servum in eadem causa sistere quidem promiserit, Et liber factus sistatur: si de ipso controversia est capitalium actionum, injuriarumque nomine, non recte sistitur: quia aliter de servo supplicium Et verberibus de injuria satisfit, aliter de libero vindicta sumitur vel condemnatio pecuniaria. quod autem ad ceteras noxales causas pertinet, etiam in meliorem causam videtur pervenisse.* Sic Florentius edit Taurellius. apud Accursium & Haloandrum extat, *supplicio Et verberibus de injuria satisfit*. Vintimillii editio habet, *supplicio Et verberibus satisfit*: ejectis verbis, *de injuria*. in eo iudicio, non inepte. sensus: Si quis promiserit servum sistere in eadem causa: multum refert, utrum criminaliter, an civiliter agatur. nam si criminaliter agatur: (Ulpianus ait, si de ipso controversia est capitalium actionum; injuriarumque nomine) non recte sistitur liber factus: quia aliter de servo supplicio & verberibus satisfit, aliter de libero vindicta sumitur, vel condemnatio pecuniaria. quod si civiliter agatur noxali actione; (Ulpianus, quod, inquit, ad ceteras noxales actiones pertinet) & liber factus sistatur: non fit deterius actoris causa; potius fit melior: propter actionem directam, qua jam liber factus in solidum suo nomine tenetur *§. 5. Inst. de noxali act.* Sic Ulpianus in *d. l. pen.* an

vere? possit quis dubitare: quia aliter sentire videtur Ulpianus *l. 1. D. de pœnis*. ait certe ibi: quod in delictis, si aliam pœnæ formam admittat tempus delicti, aliam tempus ferendæ sententiæ, reus eam subit pœnam, quam sustineret, si sententiam esset passus eo tempore, quo deliquit. Id vero recedit a *d. l. pen.* in qua ait Ulpianus inspicere tempus iudicii accepti. Sed hæc non pugnant. nam quod Ulpianus *d. l. 1.* ait, reum; mutata ejus conditione; debere sustinere pœnam, quam esset passus tempore delicti, dicit, oppositæ ad tempus ferendæ sententiæ: quod numquam vult considerari. proinde si non alia rei conditio sit tempore delicti, quam tempore accepti iudicii: placet ei, inspicere tempus delicti *d. l. 1.* et si alioquin aliam pœnam admittat tempus ferendæ sententiæ. quod si alia fuit conditio tempore delicti, alia iudicii accepti: jam non resistit Ulpianus, quo minus ad tempus accepti iudicii potius, quam ad tempus delicti respiciatur. quod unus optime animadvertit Jacobus Cujacius *lib. 10. Observ. c. 22.*

Oportet igitur (nam huc redeo) eum, qui promiserit, servum iudicio sistere, si ex noxali causa agatur, servum in eadem causa exhibere, donec iudicium accipiatur. Accursius iudicium interpretatur sententiam. nec inficior, quod alibi demonstrabo, hanc aliquando iudicium appellari. sed ratio Edicti illam interpretationem hic non patitur. voluit enim Prætor, servum in eadem causa sisti, donec litem contestetur, qui eum habet in potestate, & hac actione tenetur. nam absque ea cautione foret: facile posset actoris conditio ante litem contestatam servi alienatione fieri deterius: si ve hac actori potentior offeratur adversarius: si ve in litigando incipiat in duriori loco esse, qui erat in pari *l. 1. §. 1. D. h. t.* id vero post litem contestatam non metuitur: eo quod is, quocumque sit contestata, et si amittat servum, deinde actori condemnatur in æstimationem: imputaturus sibi, quod ipse abstulit sibi noxæ dedendæ facultatem *l. 37. Et l. 38. D. de noxalib. act.*

TITULUS X.

De eo per quem factum erit, quo minus quis in iudicio sistat.

EFFECTUS satisfactionis iudicio sisti, qua de actum est hætenus, hic venit: ut reus, si condita die se non sistat, teneatur pœna. de qua Cujacius *lib. 10. Observ. c. 10.* & nos alibi. Igitur sicut interest ejus, ne quis moram ei injiciat, quo minus in iudicio adsit; ita æquissimum putavit Prætor, coerceri dolum ejus, qui impedit aliquem iudicio sisti *l. 1. D. h. t.* Prætoris sententiam refert Julianus *l. 3. D. h. t.* his verbis: *Ex hoc Edicto adversus eum qui dolo fecit, quo minus quis in iudicium vocatus sistat, in factum actio competit, quanti actoris interfuit eum sisti.* Formam Edicti hoc modo restituit Jacobus Gothofredus ad *l. 110. §. 2. Et seqq. D. de regulis juris. Qui dolo malo fecerit, quo minus quis in iudicio sistat, adversus eum quanti actoris interfuerit, in factum iudicium dabo.* Habet igitur hæc actio locum: si quis fecerit dolo malo, quo minus quis in iudicio sistat.

iudicium vocatus sistat. Fecisse autem dolo malo putatur is, qui suis manibus, vel per suos, retinuerit: etiam qui alios rogavit, ut eum detinerent, vel abducerent, ne iudicio sistat, si ve scientes, si ve ignorantes, quid esset, quod comminisceretur. sed et si quis venienti ad iudicium aliquod pronuntiaverit triste, propter quod is necesse habuit, ad iudicem non venire, dolo malo fecisse, verius est. quamvis enim sint, qui putent, sibi imputare eum, qui credulus fuit, oportere: non debet tamen dolus alterius esse impunitus *d. l. 1. §. 1. Et 2.* Competit igitur hæc actio adversus eum, qui vocatum dolo malo impedit in iudicium venire. nisi forte is actor sit: tunc enim reo, si de pœna conveniatur ab actore, exceptio sufficit *d. l. 1. §. 3.* idemque est, si actoris servus, domino sciente, & cum potest, non prohibente, dolo fecerit, quo minus in iudicio sistam.

E

quod

quod si servus hoc fecerit sine domini voluntate; Sabinus noxale iudicium dandum ait; nec factum servi domino obesse debere: nisi haecenus, ut ipso careat, quando ipse nihil deliquit *l. 2. §. 1. §. 5. D. h. t.* De eo quaeritur, si plures deliquerint, an omnes Edicto teneantur? & placet, omnes teneri: sed, si unus praestiterit poenam, ceteros liberari; cum nihil intersit *d. l. 1. §. 4.* Atqui aliter responsum *l. 5. §. 3. D. Ne quis eum, qui in jus voc. vi exim. §. 1. 8. D. de jurisdict.* Sed interest, quod haec actio non est mere poenalis, nec mere persecutoria, ut post dicitur: ideoque non competit adversus heredem: nisi haecenus, ut non lucretur ex dolo defuncti *l. 1. §. 6. D. h. t.* Plane scribit Julianus *d. l. 3. §. 1. D. h. t.* si solvendo non fuerit is, qui dolo fecerit, quo minus in iudicio sistatur; æquum esse, adversus ipsum reum dari actionem restitutoriam; ne propter dolum alienum reus faciat lucrum, & actor damno afficiatur.

Sed revertor ad Julianum *l. 3. D. h. t.* ait is, quod haec actio a Praetore datur adversus eum, qui dolo malo fecit, quo minus quis in iudicium vocatus sistat. Igitur fuit Praetor tantum de reo locutus, si factum sit, ne is sistat: quia de eo sistendo cautum fuit. & tamen si alicujus dolo factum fuit, quo minus actor veniat in iudicium: non intercedunt Veteres, ne etiam danda actori sit hoc nomine actio. etsi enim actor non promiserit in iudicio sisti, tamen absurdum videtur, ut ipse a iudicio absit eo die, quem dixit reo. accedit, quod cum id contingit, reus dimittitur, & solvitur instantia. ita apparet, Edicti verbis solum comprehendere reum: sed

eius mentem æque ad actorem pertinere. quare evenire potest: ut haec actio utrique competat & actori & reo *d. l. 3. §. 2.* etiam, ut neutri *d. l. 3. §. 3.* Ut ut erit: datur haec actio ei, cuius interest, sive sit reus, sive sit actor: & commode ait Julianus *d. l. 3.* quod in iudicio deducitur, si quid amiserit actor ob eam rem: veluti si reus dominium rei interrim sibi adquirat, aut actione liberatus fuerit. est & aliud *d. l. 3. §. ult.* ceterum ut haec actio datur ei, cuius interest, sic & heredi ejus, quamquam non ultra annum *l. 1. §. 6. D. h. t.*

Ad quid detur haec actio, vix opus addi: quia apparet, dari, quanti actoris interfuit, eum sisti *d. l. 3.* idemque probat Paulus *l. 3. tit. seq.* Persequitur igitur rem ex parte actoris, poenam ex parte rei: & ideo non datur ultra annum, nec adversus heredem, nisi quatenus locupletior factus sit, *l. 1. §. ult. D. h. t.* Non obstat, quod datur ad id, quod interest. Non est enim unius formæ actio, quæ sic a Praetore datur. quin refert, quid egerit Praetor; cum eam proponeret ad id, quod interest. nam si eam dedit actoris gratia, non habetur poenalis: sed si eam dedit odio rei, & ut puniat ejus factum; poenalis habenda est, ut in *d. l. 1. §. 4.* vel, ut alibi dicitur, quasi poenalis *l. 1. §. 3. §. 4. D. Si mulier ventr. nom. in poss. calumn.* competit ergo haec actio poenæ nomine, & est quasi poenalis, non vere poenalis, quia actori tantum datur in id, quod ejus interest *d. l. 1. §. 4. §. d. l. 3. h. t.* cum plus petat, vere poenalis. ea ratione reo, si fuerit impeditus dolo actoris, non datur haec actio, cum sufficiat exceptio, nec rei intersit *d. l. 1. §. 3.*

TITULUS XI.

Si quis cautionibus in iudicio sistendi causa factis non obtemperaverit.

DICTUM superiore Titulo de his, qui per alium impediuntur ad iudicium occurrere: sequuntur, qui vadimonium deferunt sua sponte. & sane constat, eum, qui promissit, aliquem sistere, debere eum in eadem causa sistere: hoc est, ita sistere, ut persecutio non sit deteriore loco: quamvis exactio rei possit esse difficilior *l. 11. §. 1. 12. D. h. t.* Quod si non faciat: datur in fidejussorem actio ad poenam, si promissa sit, nisi excedat modum statutum *l. 4. §. ult. h. t. de quo Cujacius lib. 10. Observ. c. 10.* quod si promissa non sit poena: datur actio, quanti ea res est; nisi certum stipulatione sit comprehensum *l. 2. §. ult. D. Qui satisf. cog. l. 3. D. Si quis in jus voc. non ier.* estque aestimatio ejus, quod agentis intersit, referenda ad tempus, quo sisti debuit, non ad id, quo agitur, quamvis deserit ejus interesse *l. 12. §. 1. D. h. t.* Illud non est indignum observatu; quod stipulatio iudicio sisti interponitur propter ipsam rem, propter quam quis convenitur *l. 10. §. 2. D. h. t.* eoque caret effectus; sit ea sit rei persona, cum qua agi non possit, qualis est servus *l. 9. §. 13. D. h. t.* Idem est, si talis sit, ut adversus eam jam amplius dirigi non possit actio: ut evenit in tutore, finita tutela *l. ult. D. h. t.* Eadem ratione placuit, si promissio iudicio sistendi causa facta sit in actione injuriarum, & moriatur vel stipulator vel promissor, stipulationem non transire ad heredes *d. l. 10. §. 2.* Igitur & si homo sisti promissus, dolo promissoris periit ante diem; certo utimur jure, poenam non peti ante, quam dies venerit; propterea quod tota stipulatio in diem collata videtur *l. 10. §. 1. D. h. t.* Quid, si

promisero, iudicio sisti eum, qui dicebatur jam tempore esse liberatus? ait Paulus, hanc excusationem non sufficere; sed nihilominus dandam in me esse actionem; ut vel exhibeam eum, vel defendam, ut veritas inquiratur *l. 10. D. h. t.*

Praeter haec solet Praetor, post trigesimum diem a deserto vadimonio, missionem, si postuletur, decernere in bona ejus, qui fidejussorem iudicio sistendi causa dedit: quasi latitante reo, ut liquet ex *l. 2. D. Quibus ex causis in possess. eat.* conjungenda cum *l. 2. D. Qui satisf. cog.* cum utraque sit ex Ulpiani lib. 5. Ad Edictum.

Plane observandum est; quod stipulatio iudicio sisti, cum sit Praetoria *l. 1. §. 3. D. de stip. Praetor.* ideo legem accipit ex mente Praetoris *l. 52. D. de verb. oblig.* simul temperamentum: quod non haberet, si ad solam contrahentium voluntatem attenderetur. putemus igitur, eum, qui vadimonium deserit, a poena deserti vadimonii excusari complures ob causas, quas enumerat Ulpianus *l. 2. §. 4.* item Gajus *l. 6. §. 8. D. h. t.* quæ possunt optime illustrari ex Seneca *De benefic. lib. 4. c. 33. 34. §. 35.* locum, quia prolixior est, non adscribo.



TITULUS XII.

De feriis & dilationibus & diversis temporibus.

PRÆTER causas, ob quas superiore Titulo reus dicitur excusari, si statim tempore non veniat in iudicium, exstant sub hoc Titulo explicandæ adhuc duæ: nimirum feriæ & dilationes. Primum feriæ: quas a feriendis hostiis, & ab antiquis festis appellatas, Festus refert. sunt autem feriæ, dies qui præstant vacationem publicam vel a negotiis plerisque, vel a forensibus. Hæ feriæ sunt duplices: aliæ repentinæ seu indictæ, aliæ solemnes seu legitimæ *l. 26. §. 7. D. Quib. ex caus. maj. l. 3. C. de dilationib.* repentinæ extra ordinem pro re nata indicuntur: puta, ob res prospere gestas, vel in honorem Principis *d. §. 7. & l. 1. C. h. t.* item ob luctum publicum, vel calamitatem publicam, ad placandas Deorum iras, ita meminit Gellius, *lib. 2. Noct. Attic. c. 28*, Romanos, ubi sentirent, terram movere, edicto ferias imperare. Tacitus quoque, *lib. 2. Annal. c. 82*, scribit, extincto Germanico, etiam ante edictum Magistratum, ante Senatusconsulta, sumptum iustitium, deserta fora esse. Similiter apud Apulejum *lib. 4. Metamorph.* legitur, luctu publico congruens edici iustitium. Solemnes seu legitimæ feriæ sunt statæ & ordinariæ feriæ, certo tempore recurrentes: quæ ideo prospici possunt & debent *d. §. 7. l. 26.* Hæ feriæ aliæ sunt divinæ, quæ habentur divini cultus causa: ut dies Dominica *l. 2. §. 7. & ult. C. h. t.* Nativitatis, Epiphaniarum Christi, & qui præcedunt, sequunturque dies septem, item dies Paschalis cum septem sequentibus & antecedentibus, & similes *l. 2. 6. 7. C. h. t. l. 3. C. de Episc. audient.* Aliæ sunt humanæ: ut dies natalis urbis Romæ & Constantinopolis, nec non Imperatoris *l. 7. C. h. t.* item qui antecedit Kalendas Januarii, solitus vacare honori Magistratus *l. 5. D. h. t.* In eodem numero sunt feriæ messium & vindemiarum *l. 1. D. l. 2. & 7. C. h. t.* etiam nundinæ Principis auctoritate institutæ, nam & his datur; ut qui eas frequentant, non debeant inquietari prætextu debiti *l. unic. C. de nundinis.*

Ferias novas & repentinas solus condere potest Princeps. iudici aut administratori, id est, Magistrate, hoc jus non est *l. 4. C. h. t.* tantum huic permittitur, ferias dare secundum consuetudinem, quæ retro obtinuit *l. 7. D. de officio Procons.* potest igitur Magistratus, Præses, verbi gratia, statuere tempus messis, vindemiarumque causa ex cuiusque loci consuetudine *l. 4. D. h. t.* at novas ferias condere sua auctoritate non potest. ac si contra faciat; non præstant dilationem, cum non sint Imperiales. idque est, quod dicitur *d. l. 4. C. h. t.* si nomine eximuntur, etiam fructu carebunt.

Quod attinet ad effecta feriarum: de his fuit Oratio D. Marci in Senatu recitata, quæ Oratio non extat. Ulpianus *l. 6. D. h. t.* vocat Legem: ut Oratio Severi de prohibita alienatione prædii rustici vocatur Lex *l. 16. D. de pign. act.* Orationem D. Marci tractavit Ulpianus variis libris: ut liquet ex plerisque Inscriptionibus sub hoc Titulo. certe in *l. 1. D. h. t.* quæ est ex lib. 4. De omnibus tribunalibus, ita ait, *Ne quis messium vindemiarumque tempore adversarium cogat ad iudicium venire, Oratione D. Marci exprimitur.* & hanc adfert rationem Ulpianus: *quia occupati circa rem rusticam, in forum compellendi non sunt.* Sensus Ulpiani: quod D. Noodt Operum Tomus II.

Marcus ferias messium & vindemiarum omnibus idcirco indulgit, quod eo tempore etsi non omnes, at plerique, re rustica occupati, non satis commode in foro possunt occurrere. oportet vero jus aptare ei, quod pluribus utile est. Verat igitur Oratio, ne quis adversarium cogat ad iudicium venire: siue sit rusticus, siue sit alius. quid, si Prætor per ignorantiam vel socordiam eos evocare perseveraverit, hi que sponte venerint? ait Ulpianus *d. l. 1. §. 1.* si quidem sententiam dixerit, præsentibus illis & sponte litigantibus, valere sententiam; tamen si non recte fecerit, qui eos evocaverit: nempe, quia volentes possunt uti beneficio feriarum, nolentes non coguntur uti. sin vero, cum abesse perseveraverit; sententiam protulerit, illis absentibus, sententiam nullius momenti esse: non enim oportere Prætoris factum juri derogare: eoque & citra appellationem infirmari sententiam *d. l. 1. §. 1.*

At non ad vindemiam, messemque substitit D. Marci Oratio: sed generaliter Ulpianus *l. 6. D. h. t.* Si feriatis, inquit, diebus fuerit iudicatum, Lege, id est, ut dixi, Oratione D. Marci, cautum esse, ne his diebus iudicium sit, nisi ex voluntate partium, & quod aliter adversus ea iudicatum erit, ne quis iudicatum facere, neve solvere debeat: neve quis ad quem de ea re in ius aditumerit, iudicatum facere cogat. Sic Orationem prodit Ulpianus: nec ferias Divinas ab humanis distinguit. licet igitur Prætori, ex Ulpiani sententia, per hanc Orationem, volentibus omni feriatis die jus dicere. & est in *l. 36. D. de recept. & qui arbitr.* (quæ conjungenda cum *d. l. 6.* cum utraque sit ex lib. 77. ad Edictum) exemplum in arbitro, qui ex compromisso aditur. In illa certe lege sunt hæc Ulpiani verba: Si feriatis diebus cogente Prætoris arbitrio dicat sententiam, & petatur ex compromisso poena; exceptionem locum non habere constat. Sequens clausula, Nisi alia lege eadem dies feriata, in qua sententia dicta, est excepta, est Ulpiano adjecta a Triboniano ex *l. 7. C. h. t.* in qua hæc extant verba. In eadem observatione numeramus & dies Solis (quos Dominicos rite dixere majores:) in quibus parem necesse est habere reverentiam: ut nec apud ipsos arbitros vel a iudicibus flagitatos, vel sponte electos, ulla cognitio sit iurgiorum. Sed hoc observavit Franciscus Hotmannus *lib. 8. Observ. c. 16.*

Fuit igitur Divi Marci Oratione cautum, ne feriatis diebus sit iudicium, nisi ex voluntate partium. Sed (quod monet Ulpianus *d. l. 1. §. 2.*) excipiuntur certæ causæ, ex quibus cogi poterimus, & per id temporis, quo messes vindemiæque sint, ad Prætores venire. tales causæ sunt, si res tempore peritura sit, hoc est, si actionem peremptura sit dilatio. & recte: licere enim per ferias agere, quod prætermisum noceret, Macrobius *lib. 1. Saturn. c. 16.* ex Scævola, & Virgilio observat. Interim quotiens res urget, cogendi quidem sumus ad Prætorem venire, verum ad hoc tantum, ut lis contestetur, & ita ipsis verbis Orationis exprimitur: quamquam, alterutro recusante post litem contestatam litigare, dilationem Oratio concessit *d. l. 1. §. 2. D. h. t.* Eadem Oratione D. Marcus effecit, diebus feriaticis Prætorem adiri etiam de aliis speciebus, quæ possunt videri *l. 2. & 4. D. h. t.* atque his in *l. 5. C. h. t.* accedunt publicæ &

fiscales, pistoriæ quoque causæ. Nec illud omit-
tendum; quod cum omnes urbanæ plebes & cun-
ctarum attium officia quiescant venerabili Solis
die, quem Dominicum dixere majores; cum cæte-
ros quoque dies festos majestati altissimæ dedica-
tos, non oporteat occupari voluptatibus obscenis
aut theatralibus; nec profanari ullis exactio-
num vexationibus; nec apud ipsos arbitros vel a Judi-
cibus flagitatos, vel sponte electos: licet adhuc, pã-
cta conferre, & transactiones loqui, manumitte-
re etiam, atque emancipare, etiam licet ruri po-
sis agrorum culturæ libere licenterque inservire
l. 2. 3. 7. 8. § 11. C. h. t. Similiter in latronum
quæstionibus ne Paschæ quidem dies eximitur,
quamquam alioquin quadraginta diebus, qui Pa-
schale tempus anticipant auspicio cæremoniarum,
omnis inhibeat cognitio criminalium quæstio-
num *l. 7. § 10. C. h. t.* Præterea (quod Ulpianus
monet *l. 9. h. t.*) Divus Trajanus Minicio Natali
rescripsit, ferias a forensibus tantum negotiis da-
re vacationem: ea autem, quæ ad disciplinam mi-
litarem pertinent, etiam feriatis diebus peragen-
da: inter quæ custodiarum quoque cognitionem
esse. Satis de feriis.

Sequitur, ut de dilationibus videamus. est au-
tem dilatio (ut ait Donatus, ad Terentium, *Eu-
nuch. 5. 8.*) diei prolatio: id est, spatium tempo-
ris, quo res tractanda differtur. ea dilatio vel a Le-
ge conceditur, ut in specie *l. 2. D. de re judic.* &
in feriis, vel ex consensu partium, vel a iudice.
Postrema est hujus loci. datur vero a Iudice utri-
que, tam actori, quam reo, ad producendos te-
stes, vel instrumenta *l. 99. §. 2. D. de verb. signif.*
in causis omnibus, etiam si lis sit inter privatos &
fiscum *l. 6. C. h. t.* tantum, si res vertitur in consi-
storio Principis, dilationem tribui non solere,
Constantinus scribit *l. 5. C. h. t.* & pro ratione ad-
ferunt Græci; quia parati ad cognitionem Princi-
pis venire debent. ita Græci ad *d. l. 5. Basilic. lib. 7.
tit. 17. c. 15. tom. 1. pag. 377.* Est porro auctor Pau-
lus *l. ult. D. h. t.* quod in pecuniariis causis omnis
dilatio singulis causis plus semel tribui non potest;
in capitalibus autem reo tres dilationes, accula-
tori duæ dari possunt; sed utrumque, causa pro tri-
bunali cognita. Igitur ex arte Constantinus *l. 4.
C. h. t. A procedente*, inquit, *iudice dilationem non
convenit postulari, etiam si utraque parte presente tri-
buatur: cum non alias, nisi causa cognita, indulgeri
queat: § cognitio causa non interpellatione planaria,
sed confidente magis iudice legitime colligatur: ut, si for-
te dilationis petitio fuerit improbata, suscepta quæstio
per sententiam iudicis dirimatur.* Ita *lib. 1. De ju-
risd. § imp. c. x. restitui, interpellatione planaria, cum*

vulgo legatur, *interpellatione plenaria*, nullo sensu.
Illud non omitam, quod ex Paulo dixi, debeti D.
Marci Orationi: eaque sic definitum fuisse, Ulpia-
nus auctor est *l. 7. D. h. t.* Voluit autem Oratio, di-
lationes dari longiores vel breviores secundum
moderamen locorum tam ex eadem provincia,
quam ex alia. nam & hoc diserte Ulpianus *d. l. 7:*
cum qua conjungenda *d. l. 99. D. de verb. signif.*
quando utraque est ex eodem libro De Officio
Consulis. Est porro Oratione D. Marci expressum,
amplius quam semel, non esse dandam instrumen-
torum dilationem. sed Ulpianus *d. l. 7.* ait, utilita-
tis litigantium gratia, causa cognita, & iterum dila-
tionem, tam ex eadem, quam ex alia Provincia,
secundum moderamen locorum impetrari solere:
maxime si aliquid inopinatum emergat. Illud vi-
dendum, si defunctus acceperit aliquam dilatio-
nem propter instrumenta; an successori quoque
ejus dari debeat; an vero, quia jam data est, amplius
dari non possit? & putat Ulpianus *d. l. 7.* magis ef-
fe, ut & hic causa cognita, dari debeat.

Effectus dilationum est: quod si pars, si ve in-
tegra dilatio data fuerit, Iudicis officium eo usque
conquiescit, donec petiti temporis defluerint cur-
ricula. feriæ autem si ve repentinæ, si ve solemnes
sint, dilationum temporibus non excipiuntur, sed
his connumerantur *l. 3. C. h. t.*

Tertia Rubricæ pars est, De diversis tempori-
bus. Sed observat D. Cujacius *Paratitl.* in legibus
sub illa positis parum præstari, quod promittitur;
idque evenire pluribus Pandectarum locis; quæ
apud ipsum videri possunt.

Tantum, quis dicatur dies more Romano, defi-
nitur ex Paulo *l. 8. h. t.* ad quam scribit Antonius
Augustinus *lib. 4. Emend. c. 13.* & potest addi alle-
gatus ab eo A. Gellius *lib. 3. Noct. Attic. c. 3.*

Nominantur in *l. 1. §. 1. § 2. D. Quis ordo in
possess. serv.* etiam dies sessionum: assueto Prætorē,
& Præside, cum inchoaturus est Conventum, ejus
dies disponere; & alium dare postulationibus, a-
lium cognitionibus, alium decreto, alium aliis par-
tibus: ut dudum notavi *lib. 1. De jurisd. § imp. c. 10.*

Præterea occurrunt in jure dies alii utiles, alii
continui; ut in *l. 1. D. de divers. temp. præscr. l. ult.
C. de dol. mal. §. 16. Inst. de excus. tut.* de hoc discrimi-
ne Radolphus Fornerius *lib. 2. Rer. quotid. c. 14.*
res nota.

Fit etiam mentio temporis, quod civiliter, item
temporis, quod naturaliter æstimatur: hoc numera-
tur de momento in momentum: in illo postremus
dies inchoatus pro completo habetur *l. 134. D. de
verb. signific. l. 6. D. de usurp. § usuc. l. 3. §. 3. D. de
minorib.*

TITULUS XIII.

De edendo.

IN limine hujus Tituli possunt duo quæri. pri-
mum, cur is alio ordine collocetur in Pandectis,
alio in Codice. deinde, quemadmodum cum supe-
rioribus connectatur. utrumque breviter dissol-
vam. potuit actionis editio ab actore fieri ante,
quam reus in jus veniret. argumento hoc Terentii,
Adelph. 2. 1. 40 *Ne ego liberali illam adsero causa
manu. Nunc vide, utrum vis argentum accipere, an
causam meditari tuam. Delibera hoc, dum ego redeo,
leno.* Idem ostendit ordo Edicti perpetui: in quo Ju-
lianus primum egit de edendo, deinde de in jus vo-

cando. id sub utroque Titulo liquet ex Fragmentis
Ulpiani & Pauli. nam Ulpianus de edendo scripsit
lib. 4; Paulus *lib. 3.* contra Ulpianus de in jus vo-
cando egit *lib. 5;* Paulus *lib. 4.* præcessit igitur
in Edicto perpetuo Titulus De edendo Titulum
De in jus vocando. hujusque ordinis observatio-
nem, adeo necessariam fuisse, putat Cujacius
lib. x. Observ. c. x: ut, si actor litem ordiretur
a vocatione in jus, omissa editione, reus vo-
cantem illico sequi, aut satisfacere non teneretur.
Male. movent me complura: in pri-
mis

mis illud Ulpiani l. 1. §. 1. D. h. t. *Eum quoque edere Labeo ait, qui producit adversarium suum ad album, & demonstrat, quod dictaturus est, vel id dicendo, quod uti velit.* Ulpianus cum album dicit; sine dubio Prætoris album intelligit; & per adversarium indigitat reum. simul ostendit, eum in jus vocatum ab actore, debuisse in jus venire, tamen si actionis editio demum in iure fiat ad album. Pari fere modo, quo in hoc Plauti, *Persa, 4. 9. Age ambula in jus leno. D. Quid me in jus vocas? S. A. Illic dicam apud Prætorem, sed ego in jus voco.* Simile in *Anul. 4. 10. Jam quidem ad Prætorem hercle te rapiam, & ibi scribam dicam.* Igitur vetere jure nil interfuit; quoad effectum sequendi in jus, utrum reus in jus vocaretur facta, an neglecta, editione. Illa fuit differentia: quod reus altero casu, cum in jus venisset, teneretur actoris desiderio statim respondere, & cum eo litem contestari: altero non tenebatur agenti respondere statim. contra poterat dicere, se imparatum venire in jus, non edita ante actione, qua conveniatur: itaque postulare tempus ad deliberandum, utrum debeat potius cedere, an contendere. Voluit igitur Justinianus, Titulum De edendo in conficiendo Codice esse priorem Titulo De in jus vocando, exemplo Edicti perpetui: nempe, ut observato illo ordine, non esset causa petendæ dilationis; & interim per amicos tentari possent pacta transactionesque. in Pandectis vero Titulum De edendo subjecit Titulo De dilationibus: ideo quod putaret, reo, cum in jus esset ventum, ante non edita actione, justam esse causam postulandæ dilationis. Sed a Titulo ad rem.

Editio hic proponitur triplex: actionum, instrumentorum, & rationum. Prima est editio actionum: de qua Prætorum edixisse, liquet, ex Inscriptione l. 1. D. h. t. & l. 3. C. eod. tit. ac vix dubito; quin fuerint Edicti verba, quæ exstant apud Ulpianum d. l. 1. *Qua quisque actione agere volet, eam edere debet.* Ratio Edicti optima, nam æquissimum videtur, eum qui acturus est, edere actionem, ut proinde sciat reus, utrum cedere, an contendere ultra debeat; & si contendendum putat, veniat instructus ad agendum, cognita actione, qua conveniatur d. l. 1. Vult igitur Prætor ab actore edi actionem, qua acturus sit. quid autem sit edere, exponit Ulpianus d. l. 1. §. 1. ait is, edi compluribus modi. unum esse, si actor faciat reo facultatem describendi actionem libello comprehensum, alterum, si descriptam adversario tradat; ne is opus habeat describere: quod Veretes dicebant, dicam scribere, & subscribere: auctore Budæo, *prior. part. ad Pand. pag. 54, & in Not. reliq. pag. 1.* tertium, si actor adversario actionem dicat voce sua, & adversarius ex ipsius ore excipiat: unde dictare actionem apud Jurisconsultos l. 22. §. fin. D. de noxalib. act. l. 32. §. 9. *versic. illud D. de recept. qui arbitr. quartum, si actor adversarium suum producat ad album, & demonstrat, quod dictaturus, vel id dicendo, quod uti velit.* Hoc vero ut intelligatur; sciendum est, quod olim Prætores, in ingressu Magistratus sui, soliti fuere, in iure proponere Edicta, ut scirent cives, quod jus de quaque re quisque dicturus esset, seque præmunirent l. 2. §. 10. D. de origine juris. in iisque Edictis fuisse formulas, quas in quaque causa accommodari oporteret, suadet sequens Ciceronis locus, *Pro Roscio Comædo. Fraudabat te in societate Roscius. sunt jura, sunt formulae de omnibus rebus constituta, ne quis aut in genere injuria, aut ratione actionis errare possit. expressa sunt enim ex unius-* Noodt Operum Tomus 11.

cujusque damno, dolore, incommodo, calamitate, injuria, publice a Prætorum formula, ad quas privata lis accommodatur. Hæc vero quod in alba tabula, vel albo pariete, proponerentur; apparet, cur Labeo apud Ulpianum d. l. 1. §. 1. dixerit, eum quoque edere, qui producit adversarium suum ad album, & demonstrat, quod dictaturus est. Sensus enim est, quod non tantum edit is, qui reo porrigit actionem libello scriptam, vel eam dicat, vel dicat: sed etiam hic, qui adversarium suum in jus ducit ad album Prætoris; in eoque suo digito vel aliter demonstrat formulam seu actionem, qua acturus sit. Tantum de modis edendi.

Sequitur formula: quam in actione in rem talem facit Cicero *Pro Murena c. 12.* Fundum qui est in agro, qui Sabinus vocatur, eum ego ex jure Quiritium meum esse ajo. Unde intelligimus, in actione in rem actori duo fuisse observanda, primum, ut res quæ peteretur, bene designaretur: & quidem fundus (quod miror non attigisse d. loc. Ciceronem) tam demonstratione nominis, quam loci, quo sit: sic enim fieri oportere, monet Ulpianus l. 6. D. de rei vindic. alterum erat, ut petitor diceret, se ejus quod petit, dominum esse. quod & traditum l. 23. D. eod. tit. cæterum causam, ex qua dominus esset petitor, addere, nihil attinebat, veluti ex legato, vel donato, vel simili: & ideo ejus nusquam mentio, ne in §. 1. quidem *Inst. de actionibus*: nam nec interest possessoris, quæ ex causa actor dominus sit: cum dominium una saltem ex causa adquiratur l. 14. §. 2. D. de excep. rei judic. An de possessione adversarii addi debeat in formula, eo video ambigi, quod in l. 1. C. de alien. judic. mutand. causa sic editur, *Cum in rem actionem possessio pariat adversario.* Sed nulla ratione. ut enim ostendi lib. sing. ad Edict. De pact. & transact. c. 13. p. 697. col. 2, scribendum eo in loco est, *Cum in rem actioni possessio pariat adversarium.* Hoc modo legunt Græci, Basilic. lib. 10. tit. ult. tom. 1. pag. 718, & in quibusdam libris extare dudum monuit Accursius. res etiam loquitur; quod una rei vindicationis causa est dominium. tantum possessio, cum ad alium devenit, domino, cujus est rei vindicatio, parit adversarium. Sed profecto, cum idem Attalus, qui Imperatores hic consuluit, sit actor, spectantibus tenorem legis, non potest vulgaris lectio, *actionem & adversario, tolerari ullo pacto.* Dixi de actione reali.

In actione personali videtur talis fuisse formula. Ajo, te mihi decem dare oportere ex stipulatu. Erant adeo duo similiter in personali actione exprimenda. primum res, quæ peteretur l. 19. D. de furtis. deinde obligatio ex qua petitio fieret §. 1. *Inst. de actionib.* An & nomen, seu genus, sive (ut dicitur in l. 3. C. de Senatusconsulto Macedoniano) titulus actionis; ut puta, ex stipulatu, ex mutuo, ex empto? Mihi placet. & commode ajunt Severus & Antoninus l. 3. C. h. t. *Edita actio speciem futuræ litis demonstrat.* Aque Modestinus l. 33. D. de judiciis: *Non, inquit, videtur in judicem consensisse, qui edi sibi genus apud eundem judicem desiderat actionis.* Insuper erat quotidiana Veterum disputatio, utrum hæc vel illa competeret actio l. 1. D. Si mensor. fals. mod. dux. l. 1. D. de astim. act. tot. tit. D. de præscript. verb. foret vero inanis ea disputatio: nisi necesse fuisset, actionis speciem libello exprimi. Præterea ait Pomponius l. 2. §. 6. D. de origine juris, ex Duodecim Tabulis compositas esse actiones, quibus inter se disceptarent homines: easque actiones, ne populus, prout vellet,

vellet, institueret, certas solemnesque fuisse. Dices, formularum angustias jam laxari cœpisse tempore mediæ jurisprudentiæ, inventa actione præscriptis verbis: qua primum non habentibus propriam atque usitatam actionem, deinde cæteris quoque de actione certa dubitantibus, quo tutius ageretur, uti concessum est *l. 1. §. seqq. l. 17. D. de præscriptis verbis. l. 50. D. de contrah. empt. & alibi.* quin verborum alicupia, formulæque tandem ab usu recessisse *l. 2. C. de formulis sublatis.* Sed id non obstat, quo minus actor in actione personali, præter rem, quæ petitur, etiam obligationis causam, exprimere deberet. nam Imp. Theodosius & Valentinianus in *d. l. 2.* volunt, tunc demum nulli objici exceptionem non impetratæ actionis: si constiterit, eam esse rei aptam & proposito negotio convenientem. talem autem quis esse dicat; nisi intelligat causam obligationis, ex qua conveniatur? potest enim eadem res sæpius deberi ab eodem *l. 14. §. 2. D. de except. rei judic.* neque sequitur, si quis debere, aut obligatus esse dicatur; eum idcirco esse ex empto, verbi gratia, conveniendum: cum possit ex societate, aut aliter teneri. Edenda igitur est & res, quæ petitur, & causa, ex qua petitur: ut sciat reus, utrum cedere, an ultra contendere debeat. Neque id mutatum omnino est, inventa actione præscriptis verbis. nam ea est tantum effectum: ne actor teneretur servare solemnia formularum verba, aut alioquin commisso in his errore vel leviculo causa caderet. quod olim contigisse, Cicero *Pro Murena* refert. Sunt tamen qui putent, oportere quidem causam obligationis edi; sed actionis nomen edi non oportere. At mihi videtur res eodem redire, siue actionis nomen edatur, siue causa obligationis. cum enim editur actionis causa, editur actionis nomen, si non uno vocabulo, at verborum ambitu, qui fungitur nominis vice. Omitto, quod Clericus dicitur conveniri proposita actione *l. 33. §. 8. C. de Episcop. & Cleric. & Imperatores l. ult. C. de interdictis* sic scribunt: *Si quis quodlibet interdictum efflagitet, ruptis veteribus ambagibus, inter ipsa cognitionum auspicia, actionem exprimere, ac suas allegationes jubeatur proponere.* Obstat, inquit, *l. 3. C. de annali exceptione.* Verum dupliciter respondet Brossæus, *Remiss. ad eam legem.* primum, quod libellus obscurus, licet non admittatur, tamen ad interrumpendam præscriptionem valet. deinde quod libellus ineptus non rejicitur, nisi pars adversa de ineptitudine opponat.

Jubet igitur Prætor, ab actore edi actionem qua agere volet. Sed quid est actio? ait Ulpianus *l. 178. §. 2. D. de verb. signif.* quod hoc verbum & speciale est, & generale, pro re nata, ita omnis actio dicitur, siue in personam, siue in rem sit petitio. sed plerumque actiones personales solemus dicere: petitionis verbo in rem actiones significari videntur: persecutionis verbo extraordinarias persecutiones puta contineri; ut puta fideicommissorum, & si quæ aliæ sunt, quæ non habent juris ordinarii executionem. Sic ibi Ulpianus. at quæstioni est mens hujus Edicti. igitur is in *l. 37. D. de obligat. & act.* (quæ ad hujus Edicti interpretationem spectat, cum sit ex *lib. 4. Ad Edictum*, ex quo est *l. 1. D. h. t.*) actionis verbo, inquit, omnis continetur actio, in rem, in personam, directa, utilis, præjudicium, stipulationes etiam quæ Prætoris sunt, quia actionum instar obtinent; ut damni infecti, legatorum, & si quæ similes sunt. interdicta quoque. nec minus mixtæ actiones, in quibus uterque actor est: ut pu-

ta finium regundorum, familiæ erciscundæ, communi dividundo. interdictum Uti possidetis, Utrubi. Actionis igitur verbo in hoc Edicto ex mente Prætoris venit omnis actio: pari in omnibus æquitate. An & exceptio? Paulus *l. 8. §. 1. D. de verb. signif.* quæ est ex *lib. 3. Ad Edictum*, ideoque hujus loci, sic ait, *Actionis verbo non continetur exceptio.* Paulus vult, quod Prætor in hoc Edicto sub actione non complectitur exceptionem. & recte: nam alia est actio, alia exceptio. actio est intentio, seu petitio. exceptio est ejus exclusio *l. 2. D. de exception.* Atqui actionis nomine plerumque exceptio venit: & est exemplum in *l. 1. §. 4. D. de dolo malo.* quin Ulpianus *l. 1. D. de exception.* (quæ non minus est hujus loci, quam *d. l. 37.* quum æque sit ex *lib. 4. Ad Edictum*) Agere, inquit, etiam is videtur, qui exceptione utitur: nam reus in exceptione actor est. Sic ita, cum ad Judicem venit, tum enim debet reus suam probare exceptionem, ut actor suam intentionem *l. 19. D. de probationib.* Sed quod ad hoc Edictum attinet: in eo (ut Paulus ait *d. l. 8. §. 1.*) actionis verbo non continetur exceptio. & quod ait Ulpianus *d. l. 1.* etiam agere videri eum, qui exceptione utitur; non debet pro definitione, sed pro ratione dubitandi, in Edicti explicatione accipi. nam actio proprie est jus persequendi in judicio, quod sibi debetur *pr. Inst. de action.* exceptio est ejus actionis exclusio *d. l. 2. D. de except.* & quamquam actionis appellatio aliquando porrigatur ad exceptionem: id tamen non fit; nisi cum ratio interpretandi postulat, a verbi proprietate recedi, evitandæ absurditatis gratia. quæ ratio in proposito cessat. nam Prætor, cum jubet, actionem reo edi ab actore, tantum agit: ut inter litigantes æqualitas conservetur, nec a parato actore reus impatatus opprimatur. est enim in actoris potestate, quando velit experiri: at reus ex improviso plerumque invaditur. proinde alteri merito conceditur spatium deliberandi de actione: alteri id circa exceptionem non datur.

Hactenus de actionis editione. Sequitur editio instrumentorum: quam ut reo faciat actor, ejusdem est æquitatis, quæ suadet actionem ab eo edi. nam cum fides actionis pendeat ex instrumentis, vix poterit reus scire, hisce non cognitis, utrum cedere, an contendere debeat. itaque nescio, an ratio fugiat eos, qui voluerunt, instrumenta demum edi post litem contestatam. sunt enim edenda tum, cum actio editur, id est, cum actorem oportebit eis uti, non cum oportet. Sed verba Edicti videntur talia fuisse. Itemque instrumenta, quibus in judicio uti eum oportebit, adversario edere cogam sine die & Consule. Sic censeo ex *l. 1. §. 2. & seqq. D. h. t. & l. 8. D. de verb. signif.* Tenetur igitur actor reo non minus instrumenta, quam actionem, edere. An tamen omnia? videtur: modo actor omnibus sit usus aptud Judicem *l. 1. §. 3. D. h. t.* in eoque instrumenta distinguuntur a rationibus: quas, si petantur edi, exhibere debet actor: siue usus iis sit, siue non sit; & siue privatae sint, siue fisci *l. 5. & 6. C. h. t.* Plane, si legatum petatur; non jubet Prætor edi testamentum: ideo fortasse, quia heres solet habere exemplum testamenti *l. 2. D. h. t.* Debet porro actor totam edere stipulationem: alioquin non videtur edere *d. l. 1. §. 4. D. h. t.* igitur debet quoque edere diem & Consulem, in quem concepta est solutio. nam dies solutionis, sicuti summa, est pars stipulationis *d. l. 1. §. 2.* Diem vero & Consulem, quo conscriptum est instrumentum,

excepti Prætor: *nequid excogitetur ex die & Consule*, & *prædato die fiat*. Eguinarius Baro legit, *prolato die*. Sed Florentia est, *prædato die*, idque mavult Cujacius lib. 3. *Observ. c. 7.* & prælatum diem ibi, ut & in l. 28. D. *Ad leg. Cornel. de fals.* explicat anteversum, anticipatum, vel, ut in l. 33. D. *de recept. & qui arbit.* est, *relatum*. Cujacium refutat Samuel Petitus, *Ad leg. Attic. lib. 4. tit. 3. p. 321.* sed quid velit, vix intelligo. Illud quoque receptum esse, Modestinus ait; ut exempla instrumentorum, etiam sine subscriptione edentis, edi possint l. 11. D. *h. t.* nimirum, quia ea editio non ad probationem pertinet, sed ut reus accipiat deliberandi facultatem. Sic in actore.

Aliud in reo. nam hic non magis tenetur ad edenda sua instrumenta, quam ad edendam exceptionem. nisi volumus, originem petitionis ex domo ejus, qui convenitur, peti. sed hoc durum: est etiam pervulgata regula, actore non probante, reum, etsi nihil ipse præstet, obtinere l. 4. §. 1. ult. C. *h. t.* Ex causa tamen aliter servari, ait Antoninus Pius l. 1. C. *h. t.* pone, esse communia instrumenta l. 7. C. *h. t.* ut evenit l. 3. D. *Famil. ercisc.* & ita forte accipiendus Scaevola l. 95. §. ult. D. *Ad leg. Falcid.* Idem Fisco habetur honor, non quidem in re capitali, sed in re nummaria l. 2. §. 2. D. *de jure fisco.* nec tamen vel hic ei edenda instrumenta alia, quam quæ ad eam causam faciant l. 3. D. *h. t.* quod si ea non exhibeat, qui convenitur, ei nocet in eam causam d. l. 2. §. 1.

Tertia exceptio est in argentariis. de quibus Prætor egit speciali Edicto. Ejus capita fuere tria; & primi verba fuisset alia, ex l. 4. §. 3. h. t. verisimile est. *Argentaria mensa exercitores rationes, quæ ad se pertinent, edere debent, adjecto die & Consule, omnibus qui id postulabunt, si prius juraverint, non calumnie causa petere.* Rationem hujus Edicti inquit Ulpianus esse æquissimam: & causatur: quod singulorum rationes argentarii conficiant; ideoque æquum fuit, ut quod mei causa confecit, meum quodammodo instrumentum mihi edat d. l. 4. §. 1. Ut autem clarior sit ea ratio: sciendum est, quod in civitatibus fuit certum corpus argentariorum: quorum erat publicum officium l. 10. §. 1. D. *h. t.* Hi alias mentarii dicti: quia in foro habebant mensas: apud quas deponebantur pecuniæ per partes erogandæ aut collocandæ l. 50. D. *de admin. tut. l. 23. D. de liberat. leg. l. 15. §. 11. D. de re judic.* ea re utiles se omnibus præbebant contractibus. nam & mutuas dabant pecunias, & pro aliis constituebant. fiebant etiam per eos venditiones l. 88. D. *de solution. l. 18. D. de hered. petit.* eorum igitur officium & ministerium (ut Gajus ait l. 10. §. 1. D. *h. t.*) publicam habebat causam, & erat principalis eorum opera, ut actus sui rationes diligenter conficerent. nec putabatur iniquum, eos cogi, postulantis sine calumnia, edere rationes, quas pro iis confecerant. Sed Edictum videamus.

Ait Prætor, *Argentaria mensa exercitores.* Hoc nomine: tantum mares designat: nam femina videntur remotæ ab officio argentariorum, cum ea opera virilis sit l. pen. D. *h. t.* cæterum generalia sunt Prætoris verba: iisque etiam filiusfamilias continetur, ut vel ipse cogatur edere. an & pater, quæritur? Labeo scribit, non cogendum patrem: nisi, eo sciente, argentaria exercetur, sed Ulpiano videtur Sabinus respondisse recte, tunc id admittendum, cum patri refert quæstum l. 4. §. 2. D. *h. t.* quod sic accipiendum: ut si omnis

reditus ad patrem pertineat, is in solidum teneatur: alioquin de peculio, si filius peculiarem argentariam exerceat. sic enim in servo placuit d. l. 4. §. 3. Igitur loquitur Prætor de exercitoribus argentariæ mentæ: id est, de his, qui eam exercent. sed Ulpianus d. l. 4. §. 4. ait, etiam eum, qui desit argentariam facere, ad editionem compelli. addit & ejus successores l. 6 §. 1. D. *h. t.* nec interest, utrum ejusdem professionis sint, an non sint. nam cum in jus & locum argentarii succedant, debent ejus partibus fungi l. 9. §. 1. D. *h. t.* quod si non possident rationes, nec fecerint dolo malo, quo minus possideant: consequens est, eos non teneri. fac, tradidisse rationes ei, cui ab argentario sint legatæ, cogendus igitur, causa cognita, erit legatarius eas edere: tamen si alioquin non sit juris successor, nec ad eum pertineat. plane, si heredi, antequam traderet, renunciatum est, ne eas tradat, tenebitur, quasi dolo malo fecerit d. l. 9. §. 1. Igitur de argentariis loquitur Prætor. Sed Paulus l. 9. §. 2. D. *h. t.* scribit, Non esse iniquum, nummularios quoque cogi, rationes edere; & causatur, quod & hi, sicut argentarii, rationes conficiunt; certe accipiunt pecuniam, & erogant per partes, ac probatio scriptura codicibusque eorum maxime continetur: & frequentissime ad fidem eorum decurritur. De his nummulariis, & quomodo differant ab argentariis, nihil addam: consulat, cui lubet, Cujacium lib. x. *Observ. c. 14.* & Salmasium *De usur. c. 17. p. 499.* Jubet igitur Prætor, argentarium rationes edere: nec ejus interest, cum ipso argentario controversia sit, an cum alio l. 10. D. *h. t.* Ideo autem Prætor argentarios tantum neque alios ullos ab similes eis edere rationes cogit; quod eorum officium ac ministerium publicam habet causam; & hæc principalis eorum opera est, ut actus sui rationes diligenter conficiant d. l. 10. §. 1. Quædam igitur sunt personæ, quæ debent nobis rationes edere; nec tamen a Prætoris per hoc Edictum compelluntur: veluti cum procurator res ratione vel nostras administravit: & cum dolo malo socius negotia gessit: sed nec tutorem cogit Prætor pupillo edere rationes: scilicet, quia id possumus consequi actionibus mandati, pro socio, aut tutelæ l. 9. D. *h. t.*

Deinde ait Prætor, *Rationem.* quid sit ratio, definitur l. 6. §. 3. D. *h. t.* eo autem pertinet ea definitio: ut edere teneatur argentarius, non quæcumque scripsit; sed quæ veniunt appellatione rationum: id est, quæ continent data & accepta. itaque si scripsit, se pignus accepisse, mandatum accepisse, aut solvisse; non compelletur edere. Etsi hoc habet difficultatem: quia in fine dicitur, *Si quid solvi constituerit argentarius,* edere teneri. constitutum autem non utique continet datum & acceptum. Sed bene observat Accursius posteriore Glossa, singulare esse in constituto; quia hoc ex argentaria venit: id est, quia in hoc maxime consistebat argentaria. quod igitur de constituto dicitur, pertinet ad commendationem, aut saltem limitationem ejus, quod ante fuit de solutione dictum.

Ait Prætor, *Quæ ad se pertinent.* Hoc explicat Ulpianus l. 6. §. 5. D. *h. t.*

Ait, *Edere debent.* Edi autem est, vel dictare, vel tradere libellum, vel codicem proferre d. l. 6. §. 7. Edi vero ratio ita intelligitur, si a capite editur: de de quo latius in l. 10. §. 2. D. *h. t.*

Ait, *Adjecto die & Consule.* de quo vide l. 6. §. 6. D. *h. t.*

Sequitur in Edicto, *Omnibus postulantibus*. De hoc l. 9. §. 3. & 4. item l. 10. D. h. t.

Postremo ait Prætor, *Si prius juraverint non calumnia causa petere*. Hoc explicatur l. 6. §. 2. D. h. t. & huc referri potest l. 14. D. de jurejur. ut Inscriptio ostendit.

Alterum Edicti caput tale extat in l. 6. §. 8. D. h. t. *Argentario, eive, qui iterum edi postulabit, causa cognita, edi jubebo*. Ait, *Argentario*: de quo in l. 6. §. 9. D. h. t.

Ait, *Eive, qui iterum edi postulabit*. ad hoc vide d. l. 6. §. ult. & l. 7. pr. & §. 1.

Tertium Edicti caput videtur hoc fuisse, *Siquis non ediderit, in eum, quanti agentis interest, rationes edi, causa cognita, judicium dabo*. Hoc caput colligitur ex l. 8. l. 6. §. 4. h. t. Verba hæc, *Quanti interest*, explicantur in l. 10. §. 3. & l. 8. §. 1. D. h. t. Porro quibus, & contra quos, & quamdiu, hæc actio competat, vide in l. ult.

Ait Prætor, *Causa cognita*. Non igitur passim dabit, sed causa cognita: ut puta, cum argentarius non exhibet dolo malo. Quid, si ejus culpa accusatur? hanc non præstat: nisi dolo proximam. Dolo malo autem non edit, & qui malitiose non edit, & qui in totum non edit l. 8. in pr. D. h. t. Plane eis, qui ob ætatem, vel rusticitatem, vel ob sexum lapsi non ediderunt, vel ex alia justa causa, subvenitur l. 1. §. ult. D. h. t. Huc enim refero illum locum, a Triboniano male subjectum Edicto primo de edenda actione; cum pertineat ad hoc caput Edicti de edendis rationibus argentariorum. nam adversus actorem, qui non edit actionem, cum petitur ab eo edi, non competit pœnalis actio. Non me turbat, quod Ulpianus etiam sexui parci voluit. Nam ut scemina removeantur ab argentaria; tamen, si argentariis succedant, hac actione tenentur. Sic mihi videtur: etsi aliud placeat V. Cl. Jacobo Cujacio lib. 10. *Observ. c. 14*.

Superest, ut videamus; an & quando potuerit actio semel edita, si in ea erraverit actor, ab eo emendari vel mutari. nam de hoc quoque fuisse Edicto perpetuo comprehensum, ex l. 3. C. h. t. intelligitur. nec erravero; si dicam, præeunte Cujacio *Recitat. ad d. l.* (quod sensi nuper, nunc dissimulare nolo) eam esse partem l. unic. C. de litis contestatione. id enim utriusque cum tenor, tum Inscriptio, Subscriptioque, evincit. sic autem utramque jungam. *Res in judicium deducta non videtur, si tantum postulatio simplex celebrata sit, vel actionis species ante judicium reo cognita. inter litem enim contestatam & editam actionem permulium interest. lis enim tunc contestata videtur, cum Judex per narratio-*

nem negotii causam audire cœperit. edita actio speciem futura litis demonstrat: quam emendari vel mutari licet, prout Edicti perpetui monet auctoritas; vel jus reddentis decernit æquitas. Imperatores, Severus & Antonius, a quodam Valente per libellum consulti de jure mutandæ aut emendandæ actionis editæ, distinguunt inter litem contestatam & editam actionem. quem in finem? ut ostendant, actori ante litem contestatam vi Edicti perpetui licere, ultro emendare aut mutare editam actionem: post litem contestatam ei neutrum licere auctoritate ejus Edicti; sed demum ex speciali Prætoris decreto, impetrata in integrum restitutione. Et recte: quia enim lite contestata, videtur quasi contractum inter actorem & reum: non facile debet actori concedi, ab ea recedere sine consensu rei, cui quæsitum jus est, aliter ac fit, cum actio tantum edita, id est, cum species futuræ litis reo ante judicium tantum demonstrata, neque adhuc de ea quasi contractum est, eoque res intelligitur integra, nec succurrit causa, cur minus actor possit recedere ab edita actione, quam reus deliberare, utrum cedere malit, an ultra contendere. Si tamen apparet evidens æquitas emendandæ aut mutandæ actionis, etiam post litem contestatam indulgenda erit ejus & emendatio & mutatio: etsi non simpliciter, nec sponte; non enim potest actor, invito reo, ab instituta actione desistere sine permisso Prætoris; & ut renunciaret liti, adhuc reo manet jus urgendi sententiam vi litis contestatæ; etiam tenetur Judex sententiam ferre l. 74. D. de judiciis, ante non functus officio suo. quid ergo est? si, ut dixi, evidens sit utilitas mutationis aut emendationis: solet ea actori concedi post litem contestatam, non sponte, nec suo jure; sed (ut Severus & Antonius loquuntur d. l. 3.) si jus reddentis decernit æquitas: hoc est, impetrata a Præторе in integrum restitutione, causa cognita. Huc spectat Seneca *Epist. 41*: sic scribens. *Per istud philosophia sunt nigra & turpes infameque etiam ad album sedentibus exceptiones. quid enim aliud agitis, cum eum quem interrogatis, scientes in fraudem inducitis, quam ut formula cecidisse videatur? sed quemadmodum illum Prætor, sic hos philosophia in integrum restituit*. Sic ex usu sui temporis Seneca: nec aliter ex aliquo veteri Jurisconsulto Justinianus §. 33. *Inst. de actionibus*. Et exemplum Prætoris æquitatis per in integrum restitutionem attulit ad hoc Edicti caput Paulus l. 4. §. 3. D. de noxalibus actionibus: est enim is locus ex lib. 3. *Ad Edictum*; in quo eum Edictum de edendo explicuisse, supra monui.

TITULUS XIV.

De Pactis.

AB Edicto de edendo transeo ad Edictum de pactis, non quidem omnibus; sed quibus agitur, ne petatur: ad hæc enim pacta & sola exit Edicti sententia, etsi late pateant ejus verba: ideoque tantum exceptione a Præatore servantur, non etiam actione. Est vero hoc quoque Edictum alio positum loco, quam fuit in Edicto perpetuo. nam in eo fuisse medium inter Edicta De edendo, & De in jus vocando, ex ordine librorum Ulpiani & Pauli ad Edictum sub singulis Titulis intelligitur. nunc sequitur post Titulos, De in jus vocando, & De cautionibus in judicio sistendi causa factis: puto,

quod in jus vocatus est dimittendus, si dum in jus venit, de re fuerit transactum l. 22. D. de in jus vocando. item, quod non exigimus, reum judicio sisti, si negotium, propter quod in judicio sisti promisit, fuerit transactum. & valde probo hoc Ulpiani l. 2. D. *Si quis caut. in judic. sist. caus. fact. non obtemp.* Quis enim de pœna promissa laboret post negotium transactum? cum etiam negotii transacti exceptionem putaverit quis nocere, quasi etiam de pœna transactum sit. Edicti verba l. 7. §. 7. h. t. forma hac sunt. *Pacta conventa, qua neque dolo malo, neque adversus Leges, Plebiscita, Senatusconsulta, Edi-*
cta

Et Principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo. Vides Edictum elegans, & plenum naturalis æquitatis *l. 1. h. t.* si præsertim comparatur cum Lege Duodecim Tabularum, ad cu-

jus interpretationem pertinet: verum hoc & quod præterea spectat ad Edicti intellectum, pridem tradidi speciali libro: nec jam agam actum.

TITULUS XV.

De transactionibus.

Hic Titulus est pars Edicti de pactis. nam pactum est genus: cujus duæ sunt partes: una est pactum in specie, altera transactio. pactum in specie est rei certæ atque indubitæ liberalis remissio: quæ donatio dicitur, transactio est pactio rei dubiæ aut litis incertæ non gratuita *l. 1. h. t.* alias decisio aut compositio appellatur. ad utrumque pactum spectat Prætor in *l. 7. §. 7. D. de pactis.* est enim generalis ejus sermo, *Pacta conventa servabo:* nec re-

fert, utrum sint pacta conventa in specie, an sint transactiones: est enim utrimque par ratio servandæ fidei; si sit actum, ne peratur, ita apparet, cur sub hoc Titulo non sit Edictum: quando sufficit superius. imo verisimile est, unum fuisse Titulum, De pactis & transactionibus, qui in Digestis & in Codice divisus a Juris Architectis est in duos. Sed de his & cæteris, jam dictum speciali Opere.

LIBER TERTIVS.

TITULUS I.

De postulando.

POSTQUAM in jus ventum est ad Prætorum: quia res non poterat convenire intra privatos parietes: nil restat, nisi ut fiant postulationes. Est autem postulare, ut in *l. 1. §. 2.* ait Ulpianus, desiderium suum vel amici sui in jure apud eum, qui jurisdictioni præest, exponere, vel alterius desiderio contradicere. Fit igitur postulatio ab actore & reo, sed in jure apud eum, qui jurisdictioni præest; qualis est Prætor. apud Judices a Prætore datos non fit: sed apud Prætorem facta, ad Judicem examinanda remittitur. Aliquis putet, obstare, quod dicitur *d. l. 1. §. 6. Item Senatusconsulto etiam apud Judices pedaneos postulare prohibetur calumnia publici judicii damnatus.* Sed mihi verius videtur, Judicis pedanei nomen esse omnium, in subselliis judicantium sine tribunali; eoque Judices pedaneos in *d. l. §. 6.* non significare Judices a Prætore datos: sed Magistratus minores, non pro tribunali, sed in subselliis, judicantes: ut sunt Quæstores, Tribuni, apud Asconium Pedianum, *Divinat. in Verrem,* & Magistratus municipales, ut puto, apud Paulum *l. 38. §. 10. D. de pœnis.* Illud videamus, quinam possint postulare. & olim quidem licebat omnibus, qui vellent, non modo pro se, sed pro aliis quoque, postulare. Sed Prætori placuit, tuendæ dignitatis suæ, decorisque sui causa, Edicto cavere; ne sine delectu passim apud eum postuletur. Ita postulare possunt omnes, qui non prohibentur. ac fecit Prætor, (ut Ulpianus animadvertit *l. 1. pr. & §. 1.*) tres ordines: nam quosdam in totum prohibet postulare: quibusdam pro se permisit: quibusdam & pro certis dumtaxat personis, & pro se permisit. Singula ordine tradam; ducem sequutus Ulpianum. is *d. l. 1. §. 3.* Initium, inquit, fecit Prætor ab his, qui in totum prohibentur postulare: & addit, quod in hoc Edicto aut pueritiam aut casum excusavit. Jacobus Cujacius *lib. 26. Observ. c. 38.* pro excusavit restituit, *excuriavit.* frustra: nam & alibi *excusari* dicitur, qui prohibetur: ut in *§. pen. Inst. de excusat. tutor.* Sed, ut hoc agamus, primum ait Ulpianus, pueritiam a Prætore excusari, dum minorem annis

decem & septem, qui eos non in totum implevit, prohibet postulare: ratus, moderatam hanc ætatem esse ad procedendum in publicum: eaque togam virilem sumi solere, notat Beroaldus ad Suetonium *Octavio c. 8.* & Cujacius *d. c. 38.* Addit Ulpianus: quod hac ætate, aut paulo majore, fertur Nerva filius & publice de jure responsisse. Propter casum, inquit Ulpianus, surdum qui prorsus non audit, prohibet Prætor apud se postulare. & hanc causam adfert: quod non fuit permittendum ei postulare: qui decretum Prætoris exaudire non poterat: quod etiam ipsi periculosum erat futurum: eo quod non exaudito decreto Prætoris, quasi non obtemperasset, pœnâ ut contumax plecteretur *d. l. 1. §. 3.*

Primo igitur loco Prætor in totum excusavit pueritiam aut casum: ac ne sic ipsis noceret; addidit in Edicto, *Si non habebunt advocatum: ego dabo.* Ad hæc autem verba notat Ulpianus *§. 4. d. l. 1.* nec male: quod non solum his personis hanc humanitatem exhibere solet Prætor; verum & si quis alius sit, qui certis ex causis vel ambitione adversarii vel metu patronum non invenit: suadente videlicet similitudine rationis, etsi alioquin verba deficient. quod & observatum *l. 9. §. 5. D. de Offic. Procons.* Tantum de primo ordine.

Secundo loco proponitur Edictum in eos, qui pro aliis ne postulent. ait vero Ulpianus *d. l. 1. §. 5.* eo excipi sexum & casum, item personas turpitudine notabiles. Primum sexum excipit: dum prohibet, fœminas pro aliis postulare. ratio prohibendi duplex: una, ne contra pudicitiam, sexui congruentem, alienis causis se immisceant: altera, ne virilibus officiis fungantur. Causam, si audimus Ulpianum, Edicto dedit Carfania, improbissima fœmina, invecunde postulans, & Magistratus inquietans. Apud Haloandrum vocatur *Calpurnia.* Alciatus *lib. 2. Parerg. c. 37.* legit, *C. Afrania:* cujus meminit Valerius Maximus *lib. 8. c. 3. §. 2.* sed Florentiæ est *Carfania:* pro qua stat Cujacius *d. c. 38. lib. 26. Observ.* arbitratus, hanc esse restituendam apud Valerium Maximum, eo quod Juvenalis *sat. 2. vers. 69.* etiam meminit Carfaniæ, sed errat Cujacius; nam a

Juvenali non Carfania nominatur; sed Carfinia, ea-
que adultera, ad hunc locum non pertinens. Quid
ergo? inquis. Nil vetat, ejusdem impudentiæ fuisse
& Carfaniam & Afraniam: cum præsertim etiam
alias hujusmodi mulieres & adferat & carpat
Juvenalis *sat. 6. vers. 241. & seqq.* Sic mihi sedet,
in re facti ratiocinando nihil certi effici; merito-
que hoc in medio relinquo. Sed Prætor, nam eo
redeo, non tantum sexum excipit, verum casum
quoque, dum repellit cæcum, utrisque luminibus
orbatum, qua ratione? duplice: prior est,
quod insignia Magistratus (de quibus Brissotius
lib. 3. Select. antiq. c. 15. & Dionysius Gothofre-
dus hic) videre & revereri non potest. altera ratio
est: quod non oportet rem sanctam, & ad tuen-
dam civilem societatem pertinentem, fieri deriso-
riam. quod, puto, intendit Ulpianus; cum ait, La-
beonem referre, Publium cæcum Asprenatis No-
nii patrem averfa sella a Bruto destitutum, cum
vellet postulare. Postremo excipit Prætor personas
turpitudine notabiles. Et ait in *d. l. 1. §. 6.* Ulpia-
nus, tales esse, corpore suo passos muliebria: nisi
vi latronum aut hostium stuprati sunt: tum enim
non notari. nimirum, quia violato corpore, ani-
mus insons est. Superioribus addit Ulpianus dam-
natos capitali crimine: eosque accipi oportet de-
portatos, aut quibus aqua & igne interdictum est
l. 103. D. de verb. signif. Item ait Ulpianus, Sena-
tusconsulto etiam apud Judices pedaneos postula-
re prohiberi calumniæ publici judicii damnatum.
significat autem, hunc damnatum prohiberi po-
stulare non modo apud Prætorem, sed etiam apud
Magistratus minores, non in tribunali, sed in
subtelliis judicantes: nam illos hic Judices peda-
neos appellari, in antecessum dixi. Præterea ait
Ulpianus *d. §. 6.* excipi a Prætor eum qui operas
suas, ut cum bestiis depugnaret, locaverit, ac cum
quæri posset, quas Prætor vocet *bestias*; porro sic
scribit. *Bestias accipere debemus ex feritate ma-
gis, quam ex animalis genere. nam quid, si leo sit, vel
alia dentata mansueta?* Locus obscurissimus bre-
vitate sermonis, Jurisconsultis non intuitata. sed
faciam lucem, quantum potero. primum puto,
Ulpianum bestiæ appellatione complecti leonem,
& si quæ alia sit dentata: fere exempli causa, non
quasi excludantur sævientes unguibus: quas æque
proprie bestias dici, auctor est Ildorus *lib. 12. Ori-
gin. c. 2.* sequentibus verbis. *Bestiarum vocabulum
proprie convenit leonibus, tigris, pardis, & vulpibus,
canibusque, & similibus, & cæteris, quæ vel ore vel un-
guibus sæviunt.* igitur non resistit Ulpianus, quo-
minus indigentur a Prætor bestiæ omnes, quæ
sæviunt dentibus vel unguibus. quid, si cornibus,
aut aliter? rationis est, vel illas comprehendi
Prætoris sententia: quippe cum soleant quoque
in arena exhiberi. Claudianum audi *lib. 3. De
laudib. Stilicon.*

- - - Luxuriantis arenæ

*Delicias, pompam nemorum, quodcumque tremen-
dum*

*Dentibus, aut insigne jubis, aut nobile cornu,
Aut rigidum setis capitur.*

Nondum Prætori satisfactum: & sentit Ulpianus
his verbis. *Nam quid, si leo sit, vel alia dentata man-
sueta?* quid hic Ulpianus? videtur significare:
quod solet in arena pugnari cum bestiis feris: ut
sunt leonēs, & similes. igitur Prætor, cum bestias
dixit, procul dubio qualescumque feras designat
bestias: nec opus fuit, hoc admoneri. Sed aliquan-
do fit, ut in arenam mittantur etiam aliæ, non feræ

quidem natura, sed feroces. sit exemplum in se-
quentibus verbis ex *Passione SS. Perpetua & Felici-
tatis. Puellis autem ferocissimam vaccam, ideoque
præter consuetudinem comparatam, diabolus prepara-
vit: sexui earum etiam de bestia amulatus.* Igitur
ut natura non sit fera bestia; adhuc si ferox sit, pu-
tat Ulpianus, Prætori sufficere: oportere enim in
Edicto bestiæ æstimari, non utique ex animalis
genere; sed ex feritate, id est, ex ferocitate. Quid
ergo, si leo sit, vel alia dentata mansueta, id est,
mansuefacta? non dubitat Ulpianus, quin & talis
hic bestiæ appellatione veniat: unico Prætoris fi-
ne, vilitatem hominis operas suas, ut cum bestiis
depugnet, locantis, a postulatione arcere; qualil-
cumque bestia sit. Sic censeo; & voculam, *Nam,*
qua utitur Ulpianus, non esse Causalem; sed habe-
re vim incipiendi: ut alias sæpius. Ergo, inquit
Ulpianus, (nam cum eo pergo *d. §. 6.*) qui loca-
vit, solus notatur: si depugnaverit, si non. suffi-
cit enim Prætori, quod se locavit, etsi non depugna-
verit: ut ad sequentem Titulum traditurus ero.
Quid, si depugnavit, cum non locasset operas suas?
negat Ulpianus, eum teneri; causatus, non eum qui
cum bestiis depugnavit, teneri: sed qui in hoc ope-
ras suas locavit: denique eos, qui virtutis ostē-
dendæ causa hoc faciunt sine mercede, non teneri.
Veteres existimare: nisi in arena (sic Amphithea-
trum appellari, docet Lipsius, *De Amphitheatro c. 3.*)
passi sunt sese honorari: id est, sibi præmium dari.
honor enim est præmium: apud Virgilium & ali-
os, auctore Nonio Marcello *c. 4.* Ulpianus quæ-
stum dixit *l. 2. §. 5. D. de his, qui not. infam.* Ne-
gat igitur Ulpianus, eos qui sint passi, in arena,
sive in Amphitheatro, se honorari, notam effugere,
aliter ac si quis operas suas locaverit, ut feras vene-
tur, vel ut depugnet feram, quæ regioni nocet, ex-
tra arenam: nam eum non esse notatum *d. l. 1. §. 6.*
Bene ait Ulpianus, *Extra arenam*: quia & in am-
phitheatro exhibebantur venationes: ut pluribus
ostendit Lipsius *d. lib. c. 10.* His igitur personis
(sic pergit Ulpianus *d. §. 6. l. 1.*) quæ non virtu-
tis causa cum bestiis pugnaverunt, pro se Prætor
permittit allegare; id est, postulare: pro alio pro-
hibet. Sed addit, esse æquissimum, hujusmodi
personis, si tutelam vel curam administrent, po-
stulare pro his, quorum curam gerunt, concedi.
Recte: quod enim Prætor introduxit pro pœna
eorum, qui se fecerint indignos postulandi hono-
re; hoc in eorum favorem converti, ratio non fi-
nit. Quod vero attinet ad eos aliosque non fun-
gentes necessario munere: ait Ulpianus, qui ad-
versus ea fecisse monstratur, & pro aliis interdicta
postulatione repellitur; & pro æstimatione Judi-
cis extra ordinem pecuniaria pœna multatur *d. l. 1. §. 6.*
cæterum, ut dixi, omnes qui non sponte, sed
necessario officio funguntur, sine offensa Edicti
postulare possunt, etiam si hi sint, qui non nisi pro
se postulare possunt *l. 6. h. t.*

Porro relegens sua vestigia Ulpianus in *d. l. 1. §. 7.*
Ut initio, inquit, diximus, fecit Prætor tres
ordines non postulantium: quorum tertius est,
quibus non in totum denegat postulandi faculta-
tem: sed ne pro omnibus postularent; quasi mi-
nus deliquerint, quam hi, qui superioribus capi-
tibus notantur. verba hujus Edicti sparsa per *d. l. 1. §. 8. 9. 11. & l. 3.* ita restituenda sunt. *Qui lege,
Plebiscito, Senatusconsulto, Edicto, Decreto Prin-
cipum, nisi pro certis personis, postulare prohibentur:
hi pro alio, quam pro quibus licebit, in jure apud me
ne postulent. Qui ex omnibus his, qui supra scrip-*

si sunt, in integrum restitutus non erit, pro alio ne postulet: praterquam pro parente, patrono, patrona, liberis parentibusque patroni, & patronæ, liberis suis, fratre, sorore, uxore, socero, socru, genero, nuru, vitrico, noverca, privigno, privigna, pupillo, pupilla, furioso, furiosa, cui eorum a parente, aut de majoris partis tutorum sententia, aut ab eo, cujus de ea re jurisdictio erit, ea tutela, curatiove data erit. Primus hujus Edicti versus est, Qui lege, Plebiscito, Senatusconsulto, Edicto, Decreto Principum, nisi pro certis personis postulare prohibentur; hi pro alio, quam pro quo licebit, in jure apud me ne postulent. Ex his verbis intelligitur, certas fuisse personas, quæ veteribus legibus, forte temporum injuria oblitteratis, prohibita fuere postulare, nisi pro certis personis hoc capite enumeratis. additque Ulpianus d. l. 1. §. 8, hoc Edicto contineri etiam alios omnes, qui Edicto Prætoris, ut infames notantur: qui omnes, nisi pro se & certis personis, ne postulent. ait autem Prætor, Hi pro alio, quam pro quo licebit, apud me ne postulent. Et est observandum, quod Gajus l. 7. h. t. ait, Quos prohibet Prætor apud se postulare, omnimodo prohibet, etiam si adversarius patiatur postulare. Deinde ait Prætor, Qui ex his omnibus, qui supra scripti sunt, in integrum restitutus non erit. Verba, Qui ex his, qui supra scripti sunt, sic accipi tuadet Ulpianus §. 9. d. l. 1: si fuerit inter eos, qui tertio Edicto continentur, & nisi pro certis personis postulare prohibentur. cæterum si ex superioribus, difficile, inquit, in integrum restitutio impetrabitur. Illud quærit Pomponius, de qua in integrum restitutione Prætor loquatur: utrum de ea, quæ a Principe vel a Senatu indulgetur? sed putat Pomponius, de ea restitutione sentum, quam Princeps vel Senatus indulget. an autem & Prætor restituere possit, quæritur? & ait Ulpianus, sibi videri, talia Prætorum decreta non esse servanda: nisi si ubi ex officio jurisdictionis suæ subvenerunt, ut in ætate observatur, si quis deceptus sit; cæterisque speciebus, quas sub Titulo De in integrum restitutione exequemur. Pro hac sententia adfert porro Ulpianus: quod si quis famoso judicio condemnatus, per in integrum restitutionem fuerit absolutus, Pomponius putat hunc infamia eximi. Deinde adjicit Prætor: Pro alio ne postulent, praterquam parente, patrono, patrona, liberis, parentibusque patroni, patronæ. De quibus personis sub Titulo, De in jus vocando, plenius diximus. Item adjicit, Liberisve suis, fratre, sorore, uxore, socero, socru, genero, nuru, vitrico, noverca, privigno, privigna. Quas hic nominat affinitates, ex sententia Ulpiani non accipere debemus eas quæ quondam fuerunt, sed præsentis l. 3. §. 1. h. t. Item nurus & generi appellatione, & foceri & focrus, & ultiores, quibus Pro Præpositio solet accedere, contineri ait d. l. 3. §. 2. Porro ait; Pupillo pupilla, furioso furiosa, cui eorum a parente, aut de majoris partis tutorum sententia, aut ab eo, cujus de ea re jurisdictio fuit, ea tutela curatiove data erit. Sub appellatione furiosi & furiosæ ex sententia Gaji etiam fatuus & fatua continetur: cum istis quoque personis curator detur l. 2. h. t. Similiter ait Ulpianus d. l. 3. §. 3. & l. 5. h. t. Prætor in curatoribus debuisse adijcere mentionem muti, cæterorumque, quibus dari solent: id est, surdo, prodigo, & adolescenti, & qui negotiis suis aliquo perpetuo morbo superesse non possunt. addit Paulus l. 4. h. t. item quibus propter infirmitatem curatorem Prætor dare solet. Sed de Edicto satis.

TIT. I. De Postulando.

Transco ad Leges & Constitutiones. nam & his quidam prohibentur postulare. De servo Terentius Phorm. 2. 1. 62.

Servom hominem causam orare leges non sinunt:

Neque testimonii dictio est.

Deliberto non est simile proditum l. 2. C. h. t. & pro effectu datæ libertatis est hoc apud Persium sat. 5. vers. 81.

Marcus dixit: ita est. adsigna, Marce, tabellas.

Hac mera libertas, hoc nobis pilea donant.

Jam Constitutionibus advocatus esse prohibetur pactus de certa litis parte l. 5. l. 6. §. 2. C. h. t. creditum enim hoc, sicut re vera est, illo indignum, & publice periculosum; cum ad depradationem spectet, quin fieri malo more, si suspensa lite societatem futuri emolumenti cautio polliceatur, Imp. Antoninus cum D. Patre rescripsit. quod si post causam actam cautum est honoraria summa: sinunt, eam peti, utique ad probabilem modum, et si nomine palmarum cautum est: sic tamen, ut etiam computetur, quod datum est cum eo, quod debetur; neutrumque compositum licitam quantitatem, quæ pro singulis causis est usque ad centum aureos, non excedat l. 1. §. 12. D. de extraord. cognit. Præterea remouentur ab officio postulandi, qui non sunt imbuti sacrosanctis Catholicæ religionis mysteriis: posita poena adversus eum, qui contra fecerit; nec minus adversus Judicem, qui id fieri passus sit: ut potest videri l. ult. C. h. t. Porro prohibetur quis in eadem causa esse Advocatus & Judex l. 6. pr. C. h. t. & ibi §. ult. additur, nec putet quisquam, honori suo aliquid esse detractum, cum ipse necessitatem elegerit standi, & contempserit jus sedendi. Stare est Advocati; sedere, Judicis. nulli utrumque licet in eodem negotio, ut apparet ex principio ejusdem legis: quod bene animadvertit Ranchinus lib. 3. Var. c. 16. Similiter prohibetur Advocatus Fisci adesse adversus Fiscum: nisi suam vel parentum vel pupillorum, quorum tutelam gerit, causam agat. Aequè potest tutor adversus Fiscum agere causam, in qua ante fuit Advocatus Fisci adversus pupilli patrem l. 10. §. 11. h. t. Decurio quoque contra patriam suam postulare prohibetur, præter personas superiores d. l. 10. §. 1.

Postremo prohibentur quidam postulare Judicis sententia: ut si quis sine justa causa recuset adesse alterutri litigatori, cui datus a Prætoris sit Advocatus l. pen. C. h. t. idemque est: si alia fuerit justa causa, fieri autem id variis modis, nec uno effectu, potest intelligi ex l. 9. pr. §. 1. & seqq. D. de pænis. l. 6. §. 1. & legibus sequentibus h. t.

Sit hic finis Tituli De postulando. nam quod attinet ad nomen eorum, qui pro aliis postulant; notum est ex Tacito, Dialog. De caus. corrupt. eloq. c. 1, eos appellatos olim fuisse Oratores, postea Advocatos, Patronos, Causidicos. Extat & Advocati definitio l. 1. §. 11. D. de extraord. cognit. sed non recipit difficultatem. igitur circa hæc non immorabimur. nec magis circa officium & laudes Advocati. nam quod ad officium ejus attinet, id ita describitur l. 6. C. h. t. ut liqueat ultro, esse vero laudabile & necessarium, quis dubitat sanus? & sufficit, quod de eorum gloria & dignitate traditum l. 4. C. de advocatis diversorum judicium. & l. 14. C. de advocatis diversorum judiciorum. Quod porro solet quæri de erroribus Advocatorum: id definitur Titulo, De errore advocatorum, vel libellos seu preces concipientium: nec est, quod addatur. Postremo traditum l. unic. C. Ut quæ desunt advocatis, judex suppleat, non esse dubitandum, si quid in jure de-

desit Advocatis, posse a Judice suppleri ex legibus: aliter ac si quid sit in facto omissum: nam id

a Judice non suppleri, bene observat Harmenopulus, *Promptuar. jur. civil. lib. 1. tit. 4.*

TITULUS II.

De his, qui notantur infamia.

QUIA ex Ulpiano dictum *l. 1. §. 8.* superioris Tituli, esse, qui Prætoris Edicto ut infames notantur; e re erit, ipsum Edictum præsentem Titulo subijcere. sic enim intelligetur, qui eo inter infames habeantur. Verba igitur Prætoris in *l. 1.* dicunt. *Infamia notatur, qui ab exercitu ignominie causa, ab Imperatore, eoque cui de ea re statuendi potestas fuerit, dimissus erit. qui artis ludicæ pronuntiandive causa in scenam prodierit, qui lenocinium fecerit, qui judicio publico, calumnie prævaricationisve causa quid fecisse, judicatus erit. qui furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, de dolo malo & fraude, suo nomine damnatus, pactusve erit. qui pro socio, tutelæ, mandati, depositi, suo nomine, non contrario judicio damnatus erit. qui eam, quæ in potestate ejus esset, genero mortuo (cum eum mortuum esse sciret) intra id tempus, quo lugere virum moris est, antequam virum elugeret, in matrimonium collocaverit: eamve sciens quis uxorem duxerit, non jussu ejus, in cujus potestate est. & qui eum, quem in potestate haberet, eam, de qua supra comprehensum est, uxorem ducere passus fuerit. qui ve suo nomine, non jussu ejus, in cujus potestate est: ejusve nomine, quem quamve in potestate haberet: bina sponsalia, binaque nuptias eodem tempore constitutas habuerit.* Prima Edicti verba sunt, *Infamia notantur.* Quam Infamiam vocat Prætor, mox ignominiam dicit. De utraque sic Isidorus *lib. 5. Orig. c. 27.* Ignominia, inquit, dicta eo, quod desinat habere honestatis nomen is, qui in aliquo crimine deprehenditur. dicta autem ignominia quasi sine nomine: sicut ignarus sine scientia, sicut ignobilis sine nobilitate. hæc quoque & infamia, quasi sine bona fama: fama autem dicta, quia fando & loquendo pervagatur per traduces linguarum & aurium serpens. Eodem modo infamia in jure dicitur damnum famæ *l. 8. C. h. t.* imminutio opinionis *l. 6. §. 1. C. de postulando.* macula existimationis *l. 17. C. h. t.* nam opinio, fama, existimatio sunt proisdem *l. 3. §. ult. l. 4. pr. & §. 2. D. de suspect. tutor.* Existimatio autem a Callistrato *l. 5. §. 1. D. de extraord. cogn.* definitur, dignitatis illasa status legibus aut moribus comprobatus. Callistratus dignitatem accipit latius, quam eam accipere solent Veteres. illi dignitatem vocant statum optimatum & honestiorum hominum in temperata republica. Id erudite observat Casaubonus, V. Cl. ad Suetonium, *Julio c. 16.* eoque sensu Cicero *lib. 2. De invent. c. 55.* Dignitas, inquit, alius honesta, & cultus & honore & verecundia digna auctoritas. Sed Callistratus dignitatis nomine indigitat etiam statum plebejorum & vilium hominum: qui status alias libertas appellatur. Eo sensu potest existimatio dici status æqui juris omnibus ejusdem loci in republica competentis. Proinde si quis in civitate legibus aut moribus non habeatur indignus his, quæ cæteris ejusdem ordinis in ea competunt; ejus dignitas a Callistrato *d. l.* illasa; item existimatio integra a Diocletiano & Maximiano *l. unic. C. de infamibus lib. 10. tit. 57.* id est, ejus fama bona appellatur. Contra si quis ex delicto suo juris auctoritate istis in totum aut ex parte prohibetur, ejus existimatio sive dignitas imminuta aut consumpta, id est, is infamis esse intelligi-

tur. Exemplis aliquot pulchris hoc ostendit Callistratus *d. l. 5. §. 1. 2. & 3.* Alia adfert Petronius *Satyr. c. 116.* nam huc alludit: sic scribens. *In hac urbe nemo liberos tollit: quia quisquis suos heredes habet, nec ad scenas, nec ad spectacula admittitur, sed omnibus prohibetur commodis, inter ignominiosos litat.* Similia certe in *l. 1. D. Ad Leg. Jul. de vi privata.* sunt hæc Marciani: *De vi privata damnati pars tertia bonorum ex Lege Julia publicatur: & cautum est, ne Senator sit, ne Decurio, aut ullum honorem, neve in eum ordinem sedeat, neve judex sit, & videlicet omni honore quasi infamis ex Senatoris consilio carebit.* Est in his menda, quam Cujacius *lib. 9. Observ. c. 16.* sic verissime tollit; *neve in quatuordecim ordinibus sedeat:* arbitratus, a Marciano respici ad quatuordecim ordines, in theatro ordini equestri vacare solitos. Æque probò, quod pro adjuvanda ea Lege præterea conjicit Vir ille eximius *lib. 1. Observ. c. 38.* Sed malo adscribere, (ut est hujus loci) quod a Callistrato in *d. l. 5. §. 1. 2. & 3.* famæ cujusque integritas imminutiove dicitur a jure & legibus pendere. Etsi nec finam, ob id negligi opinionem bonorum & gravium virorum: quando Julianus *l. 2. D. de obseq. parent.* ait, vel ista lugillatos non effugere infamiæ notam; puto, cum hoc discrimine; quod jure subnixâ infamia est vera infamia; notato portâs dignitatis claudens *l. 2. C. de dignitatib. lib. 12. tit. 1.* & ut a Petronio est modo observatum, etiam omnibus eum prohibens commodis. cum jure destituta infamia, exemplo notæ Censoriæ apud Ciceronem *Pro Cluentio c. 34,* neque vera habeatur infamia, neque eadem peræque opere-tur incommoda: quin contra dicatur magis pudorem & verecundiam onerare; quam ullam existimationi maculam adspargere *l. 13. l. 17. C. h. t.* atque ut de cætero neminem arceat ab honoribus, id est, non obtineat omnem infamiæ effectum: at nec omni careat. Res manifesta ex *d. l. 2. D. de obseq. parentib. l. 27. C. de inoffic. testam. l. 3. §. 2. & l. 12. D. de Decurionib. juncta l. 22. D. & l. 14. C. h. t.* nec pluribus opus. illud silei non oportet, (sicut nec ignorari voluerunt Diocletianus & Maximianus *l. unic. C. de infamib. lib. 10. tit. 57.* estque etiam ex parte observatum sub Titulo *De postulando* ex *l. 6. & l. 1. §. 6. in fin. ibidem*) quod infames personæ, licet nullis honoribus, qui integræ dignitatis hominibus deferri solent, uti possint; Curialium tamen vel civilium munerum vacationem non habent, sed solemnibus indictionibus ob tutelam publicam eos satisfacere, necesse est.

Igitur, ut eo redeam, Prætor, ubi *infamia*, inquit, *notatur*; non aliam, quam veram significat *d. l. 5. §. 2. D. de extraord. cognit.* infligitque eam dupliciter: id est, vel ipso jure, vel demum sententia Judicis. non tamen aliter, quam ob delictum, seu causam, quam putat turpem *d. l. 5. §. 1. sine hac certe ob pœnam, si quæ affectus quis sit, infamem eum non facit d. l. 22. D. & l. 8. C. h. t.* Sed causas videamus.

Principio ait, *Infamia notatur, qui ab exercitu*
di-

dimissus erit. Dimitti dicitur miles caligatus: qui, ut Torrentius explicat, ad Suetonium *Octavio c. 25.* est gregarius: sic appellatus a caliga, quam idem Suetonius, *Calig. c. 9.* vocat manipularem habitum. Dicitur etiam mitti, si quis alius sit usque ad centurionem. ceteri dicuntur, successore accepto, de militia decedere *l. 21. D. de testam. milit.* sed in proposito latius patet verbi significatio ex mente & sententia Prætoris: suadente similitudine rationis, æque hos atque illos infamia notari. ita Ulpianus *l. 2. D. h. t.*

Ait Prætor, *Ab exercitu.* Quis sit exercitus, ab Ulpiano exponitur *l. 2. §. 1. D. h. t.* his verbis. *Exercitum non unam cohortem, neque unam aliam dicimus, sed numeros multos militum, nam exercitui præesse dicimus eum, qui legionem vel legiones cum suis auxiliis ab Imperatore commissas administrat. sed hic etiam eum, qui ab aliquo numero militum missus est, quasi ab exercitu missum sic accipimus.* Ad intellectum ejus loci potest pertinere hoc A. Gellii, *lib. 16. Noct. Attic. c. 4.* *Ala dicta exercitus equitum ordines, quod circum legiones, tamquam ala in avium corporibus locabantur. in legione sunt centurie sexaginta, manipuli triginta, cohortes decem.* Igitur recte ait Ulpianus, legionem unam vel legiones cum suis auxiliis facere exercitum. quin constat, consularem exercitum plerumque habuisse duas legiones cum suis auxiliis. ea porto auxilia intellige sociorum. eratque in his par numerus peditum, qui erat in legione. ita si in legione quatuor essent peditum millia: erant tot peditum millia in auxiliis: equitum erat duplex numerus. ideoque si in legione essent trecenti equites; sexcenti erant in auxiliis. vid. Justum Lipsium, *V. Cl. De milit. Rom. lib. 2.* Ulpianus *d. §. 1. l. 2.* etiam meminit *Numerorum.* hos autem dixit pro cohortibus: ut optime observat Briffonius, *De V. S., & Valesius, ad Ammianum lib. 20. c. 1.*

Ait Prætor, *Ignominia causa.* Hoc ideo adjectum est, quoniam sunt multa genera missionum. una est honesta, quæ (ut Ulpianus definit *d. l. 2. §. 2.*) ab Imperatore indulgetur, emeritis stipendiis. erant ea viginti expeditiones in peditibus; decem in equite: auctore Lipsio *De milit. Rom. lib. 1. Dialog. 2.* addit Ulpianus, quod ea missio etiam ante indulgetur. tum vero vocatur gratiosa, ipsa etiam sub libera republica ulitata, etiam aliquando rescissa a Censoribus. Livius *lib. 43. c. 16.* *Missorum quoque causas sese cognituros esse, & quorum ante emerita stipendia gratiosa missio sibi visa esset, eos milites fieri jussuros.* Pergit Ulpianus *d. §. 2. l. 2.* Est cautaria, quæ propter valetudinem laboribus militiæ solvit. Hoc exemplo ait Apulejus, *lib. 4. Metam.* *Rebar enim jam me prorsus exanimatum ac debilem mereri causariam missionem.* nimirum cautaria missio dicitur a causa: quæ est vitium aut morbus, cum apud Medicos, tum in *l. 54. D. de contrahenda emptione:* ut ostendi *lib. 2. Observ. c. 15.* Deinde inquit Ulpianus *d. §. 2.* Esse missionem ignominiosam: eamque totiens esse, quotiens is qui mittit, addit nominatim, Ignominia causa se mittere. & causatur Ulpianus, Semper debere addere, cur miles mittatur, idque verum est; si miles exauctoretur, nec ei arma detrahantur. nam simplex missio militem solvit stipendio & sacramento: damnum famæ non adfert, fit hoc in eo, qui militiam subiit evitandorum munerum gratia. hac enim missione non lædi existimationem, læpissime rescriptum esse, Ulpianus ait *d. l. 2. §. 2.* est & simile exemplum apud Arrium

Noct. Operum Tomus II.

Menandrum *l. 4. §. 8. D. de re militari.* quin interdum sub vexillis habentur exauctorati, immunes munerum, præterquam pugnae. hi adeo non sunt infames, ut etiam privilegio gaudeant. id in veteranis, qui stipendia impleverint, ab Augusto esse constitutum, pluribus jam notavit Justus Lipsius dicto Opere. Ut igitur ignominiosa missio sit, in ea adiacere debet qui mittit, se militem ignominia causa mittere. Fit autem hoc dupliciter: primum, si Imperator in missione faciat ignominia mentionem: deinde, si addat causam cum turpitudine conjunctam: et si palam non meminerit ignominia. Utrumque intelligitur ex formula sententia apud Hirtium, *De bello African.* Verba Hirtii. *Cæsar postero die de suggestu convocatis omnium legionum Tribunis, Centurionibusque, C. Avienne, inquit, Quod in Italia milites populi Romani contra rempublicam instigasti, rapinasque per municipia fecisti, quodque mihi, rei publicæ inutilis fuisti, & pro militibus tuam familiam, jumenta que in naves imposuisti, tuaque opera militibus tempore necessario republicæ carerent, ob eas res ignominia causa ab exercitu meo te removeo, hodieque ex Africa abesse, & quantum potest, proficisci te jubeo. Itemque te, A. Fonteji, quod Tribunus militum seditiosus, malusque civis fuisti, ab exercitu dimitto. M. Tiro, C. Clusinas, cum ordines in meo exercitu beneficio, non virute consecuti, ita vos gesseritis, ut neque bello fortes, neque pace boni, aut utiles fueritis, & magis in seditione concitandi milites adversus vestrum Imperatorem, quam pudoris modestiæ fueritis studiosiores; indignos vos esse arbitror, qui in meo exercitu ordines ducatis, missosque facio, & quantum potest, abesse ex Africa jubeo.* Est in hisce omnibus exemplis ignominiosa missio: ignominia tamen nominatur nusquam, nisi in missione Avieni. in cæteris ignominia tantum intelligitur ex adjecta causa, itemque ex remotione ab exercitu, & ab Africa. nam Ulpianus noster *d. l. 2. §. 4.* *Ignominia missis, inquit, neque in Urbe, neque alibi, ubi Imperator est, morari licet.* Sed redeo ad eum, *d. l. 2. §. 2.* ait. *Sed & si eum exauctoraverit, id est, insignia militaria detraxerit, inter infames efficit, licet non addidisset, Ignominia causa se eum exauctorasse.* Sic editur Florentiæ. in aliis exemplaribus est, *Sed & si ita exauctoraverit, ut insignia militaria detraheret.* fortasse melius. Exemplum ejus missionis apud Suetonium, *Vellio c. 10.* item apud Lampridium, *Severo c. 54.* Hæc eo plenius tractavi: ut constaret, quemadmodum exaudiri deberet Macer *l. 13. §. 3. D. de re militari,* & cum Ulpiano hoc loco conciliari.

Potro ait Prætor. *Qui artis ludicra pronuntiantive causa in scenam prodierit.* An recte? quæri possit: eo quod ludi scenici, tam apud Romanos, quam apud Græcos, fierent in honorem Deorum. Lactantium audi *lib. 6. Divin. instur. c. 20.* *Ludorum celebrationes Deorum festa sunt: siquidem ob natales eorum, vel templorum novorum dedicationes sunt constituti. Et primitus quidem venationes, quæ vocantur munera, Saturno attributa sunt; ludi autem scenici Libero, circenses Neptuno.* Paulatim vero & cæteris Deus idem honos tribui cæpit, singulique ludi Numinibus eorum consecrati sunt, sicut Sisinnius Capito in libris spectaculorum docet. Id si est: hac causa turpes haberi ludi non debuerunt. Sed hunc scrupulum exemit Augustinus *lib. 2. De civitate Dei c. 13.* sic scribens. *Romani, quamvis jam superstitione noxia premerentur, ut illos Deos colerent, quos videbant sibi voluisse scenicas turpitudines consecrari, suæ tamen dignitatis memores ac pudoris,*

actores talium fabularum nequaquam honoraverunt more Gracorum, sed sicut apud Ciceronem idem Scipio loquitur: cum artem ludicram scenamque totam probro ducerent, genus id hominum non modo honore civium reliquorum carere, sed etiam tribu moveri notatione censoria voluerunt. Notat igitur Prætor eum, qui in scenam prodierit. Scenâ autem, ex definitione Labeonis, apud Ulpianum *l. 2. §. 5. D. h. t.* est, quæ ludorum faciendorum causa, quolibet loco, ubi quis consistat, moveaturque, spectaculum sui præbiturus, posita sit in publico privatoque, vel in vicco: quo tamen loco passim homines spectacula causa admittuntur. Scenâ igitur Ulpiano duplex est: aliâ privata, aliâ publica: ut apud Tacitum *lib. 14. Annal. c. 14. §. 15. §. lib. 15. c. 33.* putat autem Ulpianus Prætoris verba ad utramque pertinere scenam: modo promiscua sit, id intelligitur his ejus verbis. Quo tamen loco passim homines spectacula causa admittuntur. Eum igitur qui prodierit in scenam non promiscuam, non esse infamem, Ulpianus putat. quo modo & Quintilianus *lib. 3. Inst. Orat. c. 6. p. 210.* Verba. Qui artem ludicram exercuerit, in quatuordecim primis ordinibus ne sedeat. Qui se Prætori in hortis ostenderat, neque erat productus, sedit in quatuordecim ordinibus. Nempe intentio est, artem ludicram exercuisti. Depulsio, Non exercui ludicram. Questio, quid sit, artem ludicram exercere.

Ait Prætor, Qui prodierit in scenam. Hoc verbum accipe cum effectu. nam si quis se locaverit scenæ, nec prodierit, non est infamis *l. 3. D. h. t.* licet Prætor in *l. 1. §. 6. D. de postulando* aliam tenuit viam: puto, ea motus ratione: quam indicat Balsamon, *Nomocanon. tit. 13. c. 20.* sequentibus verbis: In arte ludicra factum ipsum infamiam inducit, non etiam propositum. & hoc ostenditur ex eo, quod sit infamis etiam, qui non mercede, sed gloria cupiditate adductus, artem ludicram ostendit. in eo autem qui pugnat cum bestiis, non factum habetur odio, sed propositum. cum bestii enim pugnant & Imperatores & milites suam virtutem ostendentes: & ideo, qui proprii quæstus mercede adductus suam vitam prodidit, etiam si cum bestiis non pugnaverit sit infamis, qui autem accipit pecuniam, ut artem ludicram ostendet, si eam non ostentarit, non sit infamis.

Ait Prætor, Artis ludicra, pronuntiandiue, causa: Hisce verbis continentur arenarii, pantomimi, histriones, similes; qui (ut Ulpianus *d. l. 2. §. 5. D. h. t.* ait) quæstus causa in certamina, aut propter præmium in scenam descendunt. An Atellanarum quoque actores? negat Livius *lib. 7. c. 2.* ait enim, eos nec tribu moveri, & stipendia, tamquam expertes artis ludicræ, facere. Similiter scribit Ulpianus *l. 4. D. h. t.* Athletas omnino artem ludicram non facere: & ita Sabinum & Cassium respondisse. virtutis enim gratia hoc facere. Recte. quippe cum Athletæ sese exercerent ludis gymniciis: quos numero quinque fuisse, Isidorus ait *lib. 18. Origin. c. 18.* Genera, inquit, gymnycorum quinque: saltus, cursus, jactus, virtus atque luctatio. Sic Isidorus: dicens virtutem, quam pugilatum vocat Paulus *l. 2. §. 1. D. de aleatoribus.* Hæc certamina Ulpianus *d. l.* vocat sacra: quia fiebant in honorem Deorum: ut notum ex Quintiliano *lib. 3. Inst. orat. c. 8.* & aliis. Idem Ulpianus *d. l.* ait, generaliter neque thymelicos, neque exysticos, neque agitadores, nec qui aquam equis spargunt, ceteraque eorum ministeria, qui certaminibus sacris deserviunt, ignominiosos haberi. Isidorus *lib. 18. c. 47.* Thymelicos explicat muscos scenicos, qui organis &

litis & citharis præcinebant; & dictos inde, quod olim in Orchestra stantes, cantabant super pulpitum, quod θυμιάλῃ vocabatur. cantabant autem laudes Deorum, in quorum honorem edebantur ludi. Porro, quos Exysticos vocat Florentina lectio apud Ulpianum, hi in aliis libris dicuntur Xystici. sunt autem athletæ; dicti a Xysto, id est, a porticu ampla latitudine, in qua solent per hyberna tempora tectis stadiis exerceri; ut Vitruvius auctor est *lib. 5. De architect. c. xi.* Agitadores sunt aurigæ, in ludis Circensibus sese exercentes curiali certamine. Hos tamen inhonestos vocat *l. 4. C. de spectacul. lib. xi. tit. 40.* Et prope assentior Eruuditissimo Viro, Jacobo Cujacio, *Com. ad eum loc.* existimanti, vix esse, ut possit ea lex cum Ulpiano conciliari. Superioribus Ulpianus addit eos, qui aquam equis spargunt. Putat autem Brissonius *lib. 1. Select. antiq. c. 10,* designari eos, qui Circensibus deservientes, equos cursu incalecentes, perfundebant frigida, qua refocillati alacrius cursum repeterent. Nec alia est Desiderii Erasmi sententia *Adag. Chit.* ad illud, Frigidam aquam suffundere, pag. 843, etsi is etiam hanc adfert rationem; non rotæ, nimia agitatione fervescentes, flammam conciperent. Est & tertia conjectura Alciati *lib. 6. Parg. c. 3.* solitam fuisse spargi aquam curum abluendorum causa. Sed hæc omnia (quod dixerim pace tantorum virorum) mihi subfrigida videntur. Magis accedo Philippo Rubenio *V. Cl. lib. 2. Elect. c. 18.* existimanti, non esse quod Ulpianus dicit, accipiendum de vulgari aliqua aquæ adspersione: sed de solemnî quadam, & cum religione conjuncta, aquæ adspersione. sane cum Circenses essent ludi facti in honorem Deorum dicati; moris fuisse, ut equi certaturi, prius lustrarentur, & aqua e certo loco petita spargerentur. adducitque pro se Rubenius duplex testimonium: unum ex *lib. 1. Charisii*: alterum ex Hieronymo, *Vita Hilarionis*. Postremo excipit in *d. l. 4. §. 1. Ulpianus Designatores*. Hi fuere arbitri certaminum. Donatus ad Terentium *Adelph. 1. 2. 7.* Designatores; iouit, dicti, qui ludis funebribus præsunt, credo, ob eam causam, quod ipsis ludis multa fiant nova & spectanda: simul etiam turba retineatur. Tertullianus *De spectaculis c. 10. p. 215.* Apparatus etiam ex ea parte consortes, quæ ad scenam spectat: nam a templis & aris, & illa in felicitate thuris & sanguinis inter tibias & tubas itur, duobus inquinatissimis arbitris funerum & sacrorum, designatore & aruspice.

Deinde ait Prætor, infamia notari, Qui lenocinium fecerit. Ulpianus *l. 4. §. 2. D. h. t.* Lenocinium, inquit, facit, qui habuerit quæstuarîa mancipia: id est, ut idem alibi dicit, quæstum corpore facientia. inde lenæ, quæ mulieres quæstuarîas prostituunt *l. 43. §. 6. §. 7. D. de ritu nupt.* Addit Ulpianus *d. l. 4. §. 2. D. h. t.* Qui in liberis hunc quæstum faciat, in eadem causa esse: nec referre, utrum principaliter hoc negotium gerat lupanario instituto, an alterius negotiationis accessione: ut puta, caupo fuit, vel stabularius, & mancipia talia habuit ministrantia, & occasione ministerii quæstum facientias sive balneator fuerit; velut in quibusdam provinciis sit, in balineis ad custodienda vestimenta conducta habent mancipia hoc genus observantia in officina. adeo autem hoc placet Ulpiano *d. §. 2.* ut mox §. 3. subjiciat ex Pomponio, etiam cum, qui in servitute peculiarîa mancipia prostituta habuit, notari post libertatem, quamvis aliud esse existimavit *l. 24. D. h. t.* (quæ lex est conjungenda cum *d. l. 4. §. 3.*

4. §. 3. cum utraque sit ex eodem Ulpiani lib. 6. Ad Edictum) si quæ in servitute quæstum fecit corpore: eo quod Imperator Severus rescriptit, Non offuisse mulieris famæ ejus quæstum in servitute factum. & recte: nam, quod Accursius observat, agitur altero in loco de lenone ancillam prostituentem; altero de ancilla meretrice prostituta. hæc in se peccat tantum, sæpe coacta. ille etiam in hanc peccat, & volens. est igitur gravius lenonis delictum, & majorem meretur severitatem.

Sequente Edicti clausula notatur, *Qui in judicio publico calumnia, prævaricationisve causa, quid fecisse judicatus erit.* Quid sit Calumniari, explicatur l. 233. D. de verb. signif. §. l. 1. D. Ad Senatusc. Turpil. Prævaricari quid sit, intelligitur ex l. 4. §. 4. D. h. t. l. 1. D. de prævaric. l. 212. D. de verb. signif. Notatur autem Edicti verbis calumniator & prævaricator; si judicatus erit, calumniæ prævaricationisve causa quid fecisse in judicio publico. sic enim sonant Edicti verba.

Sequitur in Edicto: *Qui furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, de dolo malo & fraude, suo nomine damnatus pactusve erit.* Nempe quia hæc delicta numquam fiunt sine dolo malo, id est, sine proposito nocendi civili societati, quam omnibus bonis sanctam esse oportet. Primum ait Prætor, *Furti*; & simpliciter, igitur furti accipe, sive manifesti, sive nec manifesti l. 6. D. h. t. Et commodè Paulus lib. 2. Sentent. tit. 31. Furti, inquit, quocumque genere condemnatus, famosus efficitur. Quid, si expilata dicatur hereditas? non est furtum: si de jure disputamus l. 2. D. de crimine expilata hered. quasi tamen furtum sit, & improbius, expilata hereditatis crimen, similitudine rationis pro famoso habetur l. 12. C. h. t. Illud non est omittendum; quod Prætor, cum ait, *Furti*, magis intelligit pœnalem furti actionem; quam conditionem furtivam: cessat enim ignominia in conditionibus, quamvis ex famosis causis pendeant l. 36. D. de obligat. & act. nempe, quia his non agitur, ut delictum coërceatur; sed ut res, quæ ad alterum venerit, ex æquo & bono restituatur. Hoc exemplo nec conditionio rerum amotarum erit famosa; etsi videatur ex l. 2. C. rerum amotarum: ut curatius ostendi Julio Paulo c. 7. ubi, si placet, vide. Porro *Injuria* appellatione Prætor contumeliam denotat; ut in Titulo De injuriis: non culpam, ut in Lege Aquilia. Cum vero ait, *Doli mali fraudisve*; duo conjungit verba idem significantia: quomodo & Paulus l. 3. §. 3. D. Pro socio. *Fides bona*, inquit, *contraria est fraudi & dolo.* Nec aliter utitur his verbis Vetus Formula, sequentibus comprehensa Siglis: D. M. F. C. quæ Sigla Valerius Probus Not. Veter. exponit, *Doli mali, fraudisve causa.* Utique Ulpianus l. 4. §. ult. D. h. t. recitans hanc Edicti partem, ommissa fraude, saltem doli meminit. sed hoc plenius probavi lib. De forma emendandi doli mali c. 7. De eo quæri video; an ut dolus, sic stellionatus, infamet? movet difficultatem, quod stellionatus quidem non meminit in Edicto Prætor: sed interim quod in privatis judiciis est de dolo actio, hoc in criminibus est stellionatus persecutio l. 3. §. 1. D. de stellionatu. accedit, quod Ulpianus l. 13. §. ult. D. h. t. sic scribit. *Crimen stellionatus infamiam irrogat damnato, quamvis publicum non est judicium.* Sed si me audies, non voluit in d. §. ult. l. 13. Ulpianus, quod stellionatus damnato semper irrogat infamiam: minime. imo id palam negat ipse l. 2. D. de stellionatu his verbis: *Stellionatus judicium famosum quidem non est, sed coërcitio-*

Noode Operum Tomus 11.

nem extraordinariam habet. Sic Ulpianus; atque eo verius: quia pœna stellionatus non est legitima; cum nec legitimum crimen sit d. l. 3. §. 2. Quid ergo est? meo judicio vult, stellionatum eo, quod non est publicum judicium, non impediri, quo minus damnato aliquando possit irrogare infamiam. indefinita nimirum locutione (quam & capite 12. dicti Operis observavi in l. 41. D. de pign. act. & mox in hoc Edicto annotabo ex mente Prætoris ad verba, *Pactusve erit*) hoc modo pro particulari, quasi tutiore accepta ex præcepto Apuleji, sane egregio & hic opportuno. Id Apuleji præceptum, quia non memini ab aliis adferri usquam, omittendum non putavi: est autem ex lib. 3. De Philosophia tale: *Universales sunt; ut omne spirans vivit: alia particulares; ut quadam animalia non spirant: alia indefinita; ut animal spirat. non enim definit, utrum omne, an aliquod. sed tamen pro particulari semper valet: quia tutius est id, ex incerto accipere, quod minus est.* Istæ res est: stellionatus, etsi non sit publicum judicium, ex quo semper damnatum sequitur infamia l. 7. D. de publicis judiciis: illi tamen irrogat infamiam, id est, eam potest irrogare. Sic ipse censo: & porro probo valde, (quod jam ante Cujacius lib. 10. Observ. c. 26. animadvertit) interesse, utrum actio, cum qua concurrat stellionatus, famosa sit, an non sit: nam stellionatum priore casu damnato irrogare infamiam: posteriore non æque. Sit prior casus in l. 16. §. 1. D. de pign. act. si debitor rem alienam ignoranti creditori pro sua obligavit. nam locum habet pigneratitia contraria actio, quæ non est famosa. ergo nec famosum erit judicium stellionatus. posterior casus fuerit: si quis merces, quas mihi debet ex stipulatu, corruperit dolo malo, & deinde tradiderit corruptas: non erit alia actio civilis, quam de dolo. atqui illa est famosa: erit igitur hoc casu & stellionatus judicium famosum. Hac via ivit Cujacius. aliam ingressus Salmasius De modo usurarum c. 14. pag. 588. sed præstat illa Cujacii; etiam mea: Salmasii emendatione in d. l. 2. per hanc plane supervacua. Sed redeo ad Edictum.

Ait Prætor, *Damnatus.* Non igitur notat furem, nisi damnatum. Talis est damnatus sententia Judicis, ex compromisso enim arbiter, si dicat sententiam, infamiam non facit: quia non per omnia sententia est l. 13. §. 5. D. h. t. ut suo loco apparebit. In ipso quoque Judice, quantum ad infamiam pertinet, multum interest in causa, quæ agebatur, causa cognita aliquid pronuntiatum sit, an quædam extrinsecus sint elocuta: nam ex his infamia non irrogatur d. l. 13. §. 5. cum interlocutio non habeat condemnationem, eoque ne sententia quidem videatur; imo a sententia, & re judicata distinguatur. sola igitur Judicis sententia, quæ, causa cognita, li- tem finit damnatione, damnatum infamem facit. quod si ad postulationem patroni, interlocutione Judicis responsum quid est, nequaquam hoc infamiam irrogat l. 17. C. h. t. ac valde probo hoc Carini & Numeriani l. 19. C. d. t. *Interlocutio Præsidis, quæ indicta est, infamem cum, de quo queris, fecisse non videtur, cum non specialiter ob injuriam, vel admissam vim condemnatus sit: sed ita Præsidis verbis gravatus, & admonitus: ut ad melioris vite frugem se reformet.* Sunt hæc clara. Nisi tenebras offundit Ulpianus, l. 32. D. de pœnis, his verbis. *Si Præses vel Judex ita interlocutus sit, vim fecisti; si quidem ex interdicto, non erit notatus: nec pœna Legis Julæ sequetur: si vero ex crimine, aliud est. Quid, si non distinxerit Præses, utrum Julia publicorum, an Julia priva-*

porum? tunc ex crimine erit aestimandum. sed si utriusque Legis crimina obiecta sunt, maior Lex, id est, privatorum, erit sequenda. Sed lucem faciet, quod hæc Lex est ex Ulpiani lib. 6. Ad Edictum, & ideo potest conjungi cum d. l. 13. §. 6. quæ est ex eodem libro. sic enim verisimile fit: quod hæc verba, *Si Præses vel iudex ita interlocutus sit, Vim fecisti*, non sunt accipienda de interlocutione extrinsecus facta: sed de sententia qua Præses vel Iudex litem finiat condemnatione. id evincit tota Ulpiani disputatio de infamia, deque pœna, & genere Legis ex qua ea pœna damnatum sequatur. ac nescio, an eodem modo *Interlocutus de plano* accipiat ab Ulpiano l. 1. §. 1. D. de constitu. Princip. & Marciano l. 1. §. 5. D. Ad Senatusc. Turpil. Erit igitur sensus d. l. 32. Si Præses vel Iudex, causa cognita, interlocutus est, id est, in sententia definitiva pronunciavit, Vim fecisti: si quidem ex interdicto, non erit notatus, nec pœna Legis Juliæ sequetur: si vero ex crimine, aliud est. nam tunc & infamia sequetur, & pœna Legis Juliæ. Hic sensus qui huc spectat. cætera quæ sequuntur in d. l. 32, non ad infamiam, neque ad hoc propositum, sed ejus occasione ad pœnam Legis Juliæ pertinent, & ideo prudenter exaudiri debent.

Notat igitur Prætor demum damnatum ex famosis causis. Quid, si provocavit damnatus? pendente judicio appellationis, nondum inter famosos habetur: quia interim cum effectu damnatus non est. quod si omnia tempora provocationis lapsa sunt, retro infamis est. quamvis si injusta ejus appellativo visa est, hodie notari puto, non retro notatur l. 6. §. 1. D. h. t.

Ait Prætor, *Suo nomine damnatus*. Igitur observat Ulpianus d. l. 5. §. 2, *Si quis alieno nomine condemnatus fuerit; non laborat infamia: & ideo nec procurator meus vel defensor, vel tutor, vel curator, vel heres, furti vel ex alia simili specie condemnatus, infamia notabuntur: nec ergo, si ab initio per procuratorem causa agitata est*. Sic editur Florentiæ; sed in aliis editionibus pro *Nec ergo est*, *Nec ego*. multo melius. quod & Hotmanus notavit lib. 7. Observ. c. 16. cæterum spectat quoque ad hanc Edicti partem species l. 14. D. h. t.

Ut igitur quis infamis fiat ex famosis actionibus, oportet eum damnatum esse suo nomine. Quamquam potest damnato conservari existimatio: si ei imponatur pœna gravior ultra legem; modo non sit pecuniaria. ita enim Ulpianus scribit l. 13. §. 7. D. h. t. & addit pro exemplo: Si Præses relegaverit eum qui debuit multari parte bonorum. nam durior sententia esse cum eo de existimatione transactum: idcircoque non esse infamem. aliter ac si iudex in causa furti nec manifesti fecit condemnationem in quadruplum. nam sic oneratum quidem reum pœna aucta; verum hanc rem existimationem ei non conservasse: quamvis si eum onerasset pœna non pecuniaria, cum eo transactum videretur. Sic Ulpianus: dicens, ita esse & constitutum & responsum; hoc opinor, a Papiniano l. 15. D. Ad municipalem: illud a Severo & Antonino l. 4. C. h. t. At obstat Macer l. 63. D. de furtis. & l. 40. D. de injuriis. Nisi utroque in loco accipiendus est de Iudice qui reum furti aut injuriarum simpliciter damnavit ita, ut ei præservaret famam. quod non potest fieri: nisi severitate pœnæ corporalis de existimatione transigatur, atque ita ipse Macer l. 10. §. 2. D. de pœnis, & quidem lib. 2. De publicis judiciis, ex quo libro etiam sunt d. l. 63. & d. l. 40: eoque optima ratio-

ne conjunguntur. Hoc, si Iudex reum condemnavit in duriorē pœnam. Quid, si in leviorē? nescio an intersit, quid egerit Iudex. nam si condemnationi adjecerit famosam causam, aut pœnam famosæ causæ apponi solitam; utique damnatus est reus famosa ex causa: nec potest levior pœna efficere, ne infamis sit: certo, facti quæstionem esse in potestate judicantium; juris auctoritatem non esse l. 15. D. Ad municipalem. non idem est, si causa condemnationis neque ex pœnæ genere, nec ex verbis & tenore sententiæ intelligitur. est enim rationis; ne tum infamis sit reus, quamvis leviorē pœna affectus: quia videri potest Iudex alia causa, quam famosa, ad condemnationem accessisse l. 3. C. h. t. esse autem facti quæstionem in Iudicis potestate, modo ostensum est.

Sed pergo cum Prætorē, ait, *Pactusve erit*. Non igitur damnatum notat tantum, sed etiam pactum. qua causa? quia intelligitur confiteri crimen, qui paciscitur l. 5. D. h. t. est autem generale hoc verbum, *Pactus*: sub se & pactionem & transactionem continens: ut monui ad Edictum De Pactis. igitur si quidem ad latitudinem verbi spectamus; infamis erit uterque, & qui transigit pretio dato, & qui precibus impetrat, ne secum agatur. Sed est moris Veterum, benignius interpretari Leges, quo voluntas earum conservetur l. 18. & 19. D. de legibus. In præsentī etiam fuerit inhumanum, non dari veniæ locum. Postremo suadeam, hic quoque adverti quod paulo ante observavi, auctore Apulejo lib. 3. De Philosophia, indefinitam in sermone locutionem, qualis est verborum, *Pactusve erit*, in incerto semper pro particulari, id est, de eo quod minus sit, accipi tutius esse. His igitur rationibus placet Ulpiano l. 6. §. 3. D. h. t. (ne infamiam habeat simplex pactio) in Edicto sub pacti appellatione non comprehendere pactos precibus: sed eos demum, qui (ut egregie ajunt Valerianus & Gallienus l. 18. C. h. t.) ullos adversariis nummos pro mala conscientia ex transactione numerassent.

Porro ait Prætor, *Qui pro socio, tutela, mandati, depositi, suo nomine, non contrario judicio damnatus erit*. Hæc quoque pars summam habet æquitatem: eo quod ab his contractibus pendet præsidium humanæ vitæ: quæ vix potest carere fide & auxilio amicitiae. quisquis vero contra hanc peccat dolo malo sciens, is merito turpis ac nefarius habetur, abrumpens vincula humani juris. Ait Prætor, *Damnatus*. non addit *Pactus*: ut in prioribus. & ideo si quis sit pactus de his causis, non erit notatus. nam plurimum interest, utrum ex delicto, an ex contractu debitor sit. qui enim de delicto paciscitur, intelligitur dolum malum confiteri. at qui de contractu transigit, etsi contractum fatetur, non æque malam fidem fatetur. l. 7. D. h. t.

Ait Prætor, *Non contrario judicio*. Hoc adjectum, propter depositi, mandati, & tutelæ, actionem. pro socio enim actio utrimque directa est §. 2. Inst. de pœn. temp. litig. Contrario igitur judicio damnatus, non erit infamis. ac (si audimus Ulpianum l. 6. §. ult. D. h. t.) non immerito. Nam, inquit, in contrario non de perfidia agitur; sed de calculo qui fere judicio solet dirimi. Sensus; quod damnatus in contrariis judiciis, ideo non fit infamis, quia in his non agitur de consilio & proposito nocendi deliberato, quo perfidia censetur una impia & Prætori odiosa: sed de calculo; in quo admissus error a scelere purus, ac vacuus, fere judicio, sive per judicem, demum solet dirimi. Plane etsi contrario judicio damnatus

Edicti verbis non fiat infamis; putat tamen Ulpianus, vel hoc damnatum, infamem fieri Edicti sententia; si fidem quam adversarius sequutus est, non præstat: ut puta, fidejussi pro te, & solvi: mandati te si condemnvero, (id est, fecero condemnari; ut sæpe) famosum facio *d. l. 6. §. 5.*

Sed apparet, directo iudicio damnatum, in his contractibus notari infamia. Utrum tamen ob dolum tantum, an etiam ob culpam, maxime latam? Prima facie vix est, ut ab infamia excusetur quicumque ratione damnatus: modo non sit damnatus contrario iudicio. quia generaliter ait Prætor, notari eum qui pro socio, tutelæ, mandati, depositi, suo nomine, non contrario iudicio damnatus erit. Eoque modo potest in Oratore tolerari hæc Ciceronis exaggeratio, *Pro S. Roscio Amerino c. 38.* In privatis rebus si qui rem mandatam non modo malitiosius gessisset, sui quæstus aut commodi causa, verum etiam negligentius; eum majores summum admisisse dedecus existimabant. Itaque mandati constitutum est iudicium, non minus turpe, quam furti. Sic Cicero: causæ serviens oratorio more. Nos verum quærentes, separabimus Edicti verba ab ejus mente. hac refert in his contractibus, utrum ob dolum quis damnetur, an ob culpam, certe æquum est, iis ignosci qui ignoranter, imprudenter, incauteque labuntur: at veniam habere eum qui sciens peccat, non est æquum. Huic rei evidens præbet argumentum, quod ipse Prætor ab infamia contraria excipit iudicia. nec est dubium; quin, uno vel altero lege introducto, bona sit occasio, etiam cætera, ad eandem utilitatem tendentia, interpretatione suppleri *l. 12. §. 13. D. de legibus.* Sed quis animus sit Prætori, palam exprimit Ulpianus *l. 6. §. ult. D. h. t. Contrario*, inquit, *iudicio damnatum non esse infamem. nam in contrarius non de perfidia agi, sed de calculo qui in iudicio solet dirimi.* Ulpianus duo tradit pro exploratis: primum ait, perfidiam a Præторе notari: deinde negat, damnatum contrario iudicio esse infamem: nimirum, quia in contrariis iudiciis non solet agi de perfidia. ita prius est, ut tutor, verbi gratia, ob perfidiam fiat infamis. alterum, ut ob hanc solam notetur. absque enim hoc esset; vana foret Ulpiani definitio, Edictum ad contraria iudicia non pertinere: eo quod de perfidia in his non quæritur. at si Prætor solam notat perfidiam: qua fronte dicamus, damnatum ob latam culpam esse infamem? est enim alia lata culpa, alius dolus. dolus nascitur ex consilio: lata culpa ex socordia seu simplicitate. dolus habet scientiam: lata culpa ignorantiam. dolus est, omnis calliditas, fallacia, machinatio, ad circumveniendum, fallendum, decipiendum, alterum adhibita *l. 1. D. de dolo malo*: lata culpa est, nimia negligentia: id est, non intelligere quod omnes intelligunt *l. 213. §. ult. D. de Verb. signif.* Hoc egregie observavit Ulpianus *l. 3. §. ult. D. de suspectis tutoribus.* nec minus Justinianus *§. 6. Inst. eod. tit.* sic scribens, *Suspectus autem remotus, si quidem ob dolum, famosus est: si ob culpam non aque.* Imperator dolum opponit culpæ: doli quidem nuncupatione perfidiam, id est, consilium, & scientiam, designans: at culpæ appellatione culpam latam quam Ulpianus *d. l. 3. §. ult.* vocat imperitiam, segnitiam, simplicitatem, inertiam, rusticitatem. Huic meæ interpretationi non adferam firmiter argumentum, quam quod tutor a tutela numquam removeretur ob culpam levem: (quippe, cum ne causa quidem sit virum bonum & idoneum ab ea removendi ob levem errorem) sed ob

segnitiam, rusticitatem, ineptiam, simplicitatem, inertiam, id est, ob id quod non est idoneus ad administrandum, sive ut dixi, ob culpam latam, eum a tutela abire, integra existimatione, (cum nullam meruerit infamiæ pœnam, qui noluit peccare, etsi lapsus sua ineptia socordiaque) rationis est, & constat testimonio Ulpiani *d. l. 3. §. ult.* Dixi de re elegantissima, quantum sufficit huic instituto, plura scribam infra ad Titulum *De suspectis tutoribus*, & jam plura scripsi *lib. 1. Probabilium c. ult.* ab aliis non animadversa.

Sequitur alia Edicti pars. *Qui eam quæ in potestate ejus esset, genero mortuo, cum eum mortuum esse sciret, intra id tempus, quo elugere virum moris est, antequam virum elugeret, in matrimonium collocaverit: eamve sciens quis uxorem duxerit, non jussu ejus in cuius potestate est: & qui in eum quem in potestate haberet, eam de qua supra comprehensum est, uxorem ducere passus fuerit.* Hac parte Prætor complures attingit casus. primum notat patrem qui filiam quam in potestate habet, genero mortuo, cum sciret, eum mortuum esse, in matrimonium collocavit intra tempus quo elugeri virum moris est, antequam virum elugeret. Prætor non loquitur de mortuo sponso; sed de genero, seu viro filiæ quam in potestate habet pater. Sponsi igitur nullus luctus est *l. 9. §. 1. h. t.* sed generi, id est, viri filiæ. Tempus autem luctus a primis reipublicæ temporibus usque ad Gratianum, Valentinianum, & Theodosium, fuit decem mensium. inde annus esse cœpit *l. 2. C. de secundis nuptiis*, qua de re uberius *lib. 3. De fœnore & usuris c. 6. in fine.* Utitur porro Prætor elugendi verbo, non lugendi. Qui autem luget, debet (quod nos docet Paulus *lib. 1. Sentent. tit. ult. §. 13.*) abstinere a conviviiis, ornamentis, & alba veste, addo, a nuptiis in vidua. Elugere est, lugere ad finem: id est, dum expiret tempus lege præscriptum. auget enim propositum e in lugere; ut de in deposito. Inde Livius *lib. 34. c. 7.* *Quid aliud in luctu, quam purpuram atque aurum deponunt? quid, cum eluxerunt, sumunt?* Cæterum non refert Prætor se ad tempus quo vir elugetur: sed quo elugere virum, moris est. potest igitur fieri, ut elugeatur vir, etiam cum non lugetur. Non solent autem lugeri, (ut apud Ulpianum ait Neratius *l. 11. §. 3. D. h. t.*) hostes, vel perduellionis damnati, nec suspensiosi, nec qui manus sibi intulerunt, non tædio vitæ, sed mala conscientia. putat igitur Ulpianus *d. l. 11. §. 1*, etsi talis sit maritus quem more majorum lugeri non oportet, non posse eam nuptum intra legitimum tempus collocari. & pro causa subjicit: quod Prætor se retulit ad id tempus, quo elugeretur vir qui solet elugeri, propter turbationem sanguinis. Sanguis denotat cognationem *l. 8. D. de regulis juris. l. 16. §. 1. D. de castrensi peculio*, & alibi, etiam accipitur sanguis pro progenie: ut in illo Horatii, *lib. 2. Carm. Od. ult.* *Non ego pauperum sanguis parentum, non ego quem vocas, dilecte Mecenas, obibo.* & apud Apulejum *lib. 4. De asino aureo*, *Parentes tui de tanto suarum divitiarum cumulo, quamquam satis cupidi, tamen sine mora parabunt scilicet idoneam sui sanguinis redemptionem.* Turbatio igitur sanguinis in proposito est, quam generationis aut seminis incertitudinem Justinianus vocat *l. 53. §. 3. C. de Episcop. & Cleric.* Sic, si non peperit ea mulier, alioquin eam quæ intra legitimum tempus partum ediderit, statim posse nuptiis se collocare, Pomponius putat. quod verum, id est, æquum, ait Ulpianus *d. l. 11. §. 2.* atque ita (ut curiose observat Cujacius *lib. 6. Observ. c. 32.*) restringendus est Ulpiani

locus ad uxorem ejus mariti quem lugeri more majorum non oportet. nam ceteræ viduæ non alias nubunt intra legitimum tempus, quam si hoc a Principe impetraverint l. 10. D. h. t. aut a Senatu. Meminit Plutarchus, in vita M. Antonii. Ubi, inquit, placuit utrique conditio, Romam profecti sunt ad Octavia nuptias celebrandas. quia vero vetabat Lex, ne qua mulier, nisi exactis a morte viri decem mensibus nuberet, tempus est ei Senatusconsulto remissum. Est tamen & aliud ejusdem rei exemplum in l. 15. C. h. t. si Populo minuatur luctus decreto Senatus. nam tum, ut Sulpitiæ rescribit Gordianus, tristior habitus, ceteraque hoc genus insignia mulieribus remittuntur: non etiam intra tempus quo his elugere maritum moris est, matrimonium contrahere permittitur. Id autem quale sit, intelligitur ex hoc Festi, in verbo, Minuitur. Minuitur populo luctus adis dedicatione: cum Censores lustrum condiderunt: cum votum publice susceptum solvitur. Privatis autem cum liberi nati sunt: cum honos in familia venit: cum pater, aut liberi, aut vir, aut frater ab hoste captus domum redit: cum desponsa est: cum propiore quis cognatione, quam is qui lugetur, natus est: cum in casto Cereris est, omnique gratulatione. Igitur si decreto Amplissimi Ordinis luctu feminarum deminuto, mulier nuptias alias intra legitimum tempus secuta est, tam ea, quam is qui eam duxit uxorem, etiam si miles sit, Perpetuo Edicto labem pudoris contrahit d. l. 15. nisi tum matrimonium quoque a Principe indulgeatur: ut aliquando permissum fuit non prægnantibus. De Caligula Dion. lib. 59. pag. 740. Justitium induxit, luctus inhibuit, ita ut liceret viduis nubere intra constitutum quondam tempus, siquidem non essent prægnantes.

Porro ait Prætor, In matrimonium collocaverit. Ideo pertinet: ut ei quæ virum eluget, intra id tempus sponsam fuisse, non noceat l. 10. §. 1. D. h. t.

Addit Prætor, Genero mortuo, cum eum mortuum esse sciret. Merito, inquit Ulpianus l. 8. D. h. t. ne ignorantia puniatur, & subjicit, quod tempus luctus continuum est, & ignorantia cedit ex die mortis mariti: & ideo si post legitimum tempus cognovit, ipsa die & sumit lugubria & deponit.

Sequitur in Edicto, Eamve sciens quis uxorem duxerit, non jussu ejus in cujus potestate est. Ad hæc verba Ulpianus l. 11. §. ult. D. h. t. sic scribit, Notatur etiam qui eam duxit: ignorantia enim excusatur non juris, sed facti. Sensus Ulpiani: quod Prætor simpliciter notat eum, qui sciens eam uxorem duxerit; nec desiderat, ut duxerit dolo malo. sufficit igitur Prætori ad infamiam; si quis eam duxerit intra legitimum tempus, etsi jus ignoravit, si modo non ignoravit factum. ita excusatur ignorantia non juris, sed facti. Potest hoc confirmari simili loco, qui Tit. 1. Collat. Legum Mosaicarum & Romanarum extat hunc in modum: Modestinus libro Differentiarum sexto, sub Titulo De scientibus & ignorantibus, generaliter sic loquitur. Nonnunquam per ignorantiam delinquentibus jure civili venia tribui solet, si modo rem facti quis, non juris, ignoret: quæ scilicet consilio delinquentibus præstari non solet. propter quod necessarium est, addita distinctione considerare, utrum sciente, an ignorante aliquo quid gestum proponatur.

Addit in eodem versu Prætor, Non jussu ejus in cujus potestate est. His verbis excusatur qui jussu ejus in cujus potestate erat, uxorem duxerit. nimirum visus Prætori venia esse dignus qui obtempe-

ravit d. 11. §. ult. D. h. t. ut in omnibus quæ non habent atrocitatem facinoris.

Superest in hoc Edicti versu. Et qui eum quem in potestate haberet, eam de qua supra comprehensum est, uxorem ducere passus fuerit. Quo spectent hæc verba, traditum l. 11. §. ult. l. 12. & 13. D. h. t. item l. 109. D. de regulis juris: quæ est ex Pauli lib. 5. Ad Edictum.

Exposui proximum Edicti versum, nec interim dixi, quod exspectabas, de infamia mulieris: quæ cum esset sui juris, ultro nuptias contraxit intra legitimum tempus. nempe, quia in Edicto de ea nihil exstat hodie: quamvis de ea quoque notanda Edicto comprehensum fuisse, apparet ex l. 15. C. h. t. item l. 11. §. 3. D. h. t. in fine: ubi pro, si quis ergo, ut est in Pandectis Florentinis, Accursii exemplar habet, si qua ergo: item notetur, pro notabitur. sed nulla opus mutatione; cum justa sit locutio Florentini Codicis, si quis ergo.

Dixi de luctu viduarum mulierum. de virorum luctu quæris? at Seneca, Epist. 63, Annum, inquit, feminis ad lugendum constituere majores, non ut tam diu lugerent, sed ne diutius. viris nullum legitimum tempus est, quia nullum honestum. Recte igitur Paulus l. 9. D. h. t. Uxores viri lugere non compellentur.

Difficultas est circa luctum parentum & liberorum, cæterorumque agnatorum & cognatorum. Nectamen specto ad l. 11. h. t. in qua sic inquit Ulpianus: Liberorum autem & parentum luctus impedimento nuptiis non est. Me vexat: quod in l. 23. h. t. idem scribit: Parentes & liberi utriusque sexus, nec non & ceteri agnati vel cognati, secundum pietatis rationem, & animi sui patientiam, prout quisque voluerit, lugendi sunt: qui autem eos non eluxit, non notatur infamia. Contra enim Paulus lib. 1. Sentent. tit. ult. §. 12. Parentes, inquit, & filii majores sex annis, anno lugeri possunt, minores mense, maritus decem mensibus, & cognati proximioris gradus octo. qui contra fecerit, infamium numero habetur. Sic illi: nec est dubium, quin ab altero dictum falsum sit: cum uterque eodem vixerit tempore. interim quo tollam difficultatem, ipse nihil habeo: nisi placet quod D. Cujacio lib. 21. Observ. c. 12, Ulpianum a Triboniano esse inflexum vel ejus arbitratu, vel ad sua tempora: cum præsertim Paulus videatur adjuvari aliquatenus a Papiniano l. ult. D. h. t.

Sequitur ultimus Edicti versus, Quive suo nomine non jussu ejus in cujus potestate esset: ejusve nomine quem quamve in potestate haberet, bina sponsalia, binaque nuptias in eodem tempore constitutas habuerit. Hunc versum tangit Ulpianus l. 13. §. 1. 2. 3. & 4. D. h. t.

Exposui Prætoris Edictum, uti extat in l. 1. h. t. etiam addidi quædam ibi omissa; etsi non omnia, fuisse enim aliquanto plura, mihi persuadeo; sane extat pars in l. 15. 16. 17. & 18. D. h. t.

De sepulchri violati actione possit deliberari. nam hanc damnato infamiam irrogare, refert Ulpianus l. 1. D. de sepulchro violato. sed non addit; utrum eum nominatim notarit Prætor; an placuerit, sepulchri violati crimen esse speciem furti aut injuriæ; sub iisque Edicti sententia comprehendi.

Similis inspectio sit circa actionem servi corrupti: quam æque turpibus actionibus annumerat Paulus l. 56. D. Pro socio.

In actione quod metus causa aliud centeo. nusquam enim dicitur famosa. quamquam si de dolo agatur ob illatum metum: (quod fieri posse, apparet ex l. 14. §. 13. D. Quod metus causa) dubium non

non est, quin qui metum intulit, etiam infamia notetur. sed tum pertinet ad illam Edicti partem quæ notat damnatum doli mali.

In Fisci causis pacti cum delatoribus, pro confessis habentur, si modo pretium vel modicum dederint. Sic Ulpianus l. 4. D. de jure fisci. ac vix ambigo; quin velit, esse infames. est enim is locus

ex libro Ulpiani 6. Ad Edictum; quo hoc Edictum exposuit. utrum tamen illi, an Rescripto, illa infamia debeat, non definio.

Etiā infamis est publico Judicio damnatus l. 7. D. de public. judic. quod ostendit Ulpianus l. 32. D. de poenis quæ est quoque ex lib. 6. Ad Edictum, sed hanc supra explicui.

TITULUS III.

De procuratoribus & defensoribus.

OPORTUNE hic subjicitur Titulus De procuratoribus & defensoribus: quia peragendæ liti, præter advocatos, de quibus vidimus, solent etiam adhiberi procuratores & defensores, quos ipsos nec infames esse oportebat, ut post dicitur. Sumitur autem procurator aliquando late, ut complectatur omnes qui alterius negotia quacumque ratione tumentur, est etiam, ubi strictius patet. vel Rubricam vide. procuratorem opponit defensori, estque hoc modo procurator, qui aliena negotia mandatu domini administrat l. 1. D. h. t. defensor qui sine mandato intervenit pro reo. Usus utriusque olim fuit valde exiguus. auctorem ejus quod dico, habeo Justinianum pr. Inst. De iis per quos ager. poss. ait is, nunc agere posse quemlibet hominem aut suo nomine aut alieno. alieno; veluti procuratorio, tutorio, curatorio: cum olim in usu fuisset, alterius nomine agere non posse, nisi pro Populo, pro libertate, pro tutela, præterea erat Lege Hostilia permissum, furti agere eorum nomine qui apud hostes essent, vel reipublicæ causa abessent, quive in eorum cuius tutela essent. cæterum alieno nomine neque agere, neque excipere licebat. Fundamentum hisce: quod in Duodecim Tabulis, apud A. Gellium lib. 17. Noct. Attic. c. 2. sic extabat: Cum perorant ambo præsentem. Et, Post meridiem præsentem stultem addicito. Ab eadem ratione omnes Legis actiones quas placebat certas solemnesque esse l. 2. §. 5. D. de origin. juris. sic conceptæ fuere, ut unusquisque posset petere quod suum esset, aut sibi deberetur: cæterum ut peteret quis quod alterius esset, aut alteri deberetur, nulla prodita fuit Jure Civili actio. ita percerebuit regula, Nemo alieno nomine lege agere potest l. 123. D. de regul. jur. Servatus is rigor fuit bene longo tempore. deinde temperatus sensim: ut solent quæ moribus mutantur. nam si morbus, aut ætas, & mox necessaria peregrinatio, aut alia iusta causa, impedimento esset hominibus, quo minus ipsi rem suam exquerentur, cœperunt per procuratores litigare: facili Prætor, & quod suadebat æqui bonique ratio, pro sua humanitate, indulgente. Testis Cicero, lib. 2. Ad Herennium c. 53. verbis sequentibus. Ex æquo & bono jus constat, quod ad veritatem & utilitatem communem videtur pertinere. quod genus, ut major annis sexaginta, & cui morbus causa est, cognitorem det. Ex eo novum jus constitui convenit ex tempore & ex hominis dignitate. Hoc Cicero, & attingit quoque Justinianus d. pr. Illud demonstrandum, quomodo potuerint admitti procuratores: resistentibus actionum formulis certis ac solemnibus. Mihi vero videtur huc ducere interrogatio quam in jure adhibebant Veteres. formula erat; Quando te in jure conspicio, postulo, anne fias auctor. id est, anne sis ille a quo jus meum debeam persequi. eam formulam Valerius Probus Not. Veter. his complectitur Siglis. Q. T. I. I. C.

P. A. F. A. nec dubito, quin ad hanc respiciat hoc Ciceronis Pro Cæcina, c. 19. Actio est in auctorem præsentem his verbis, Quandoquidem te in jure conspicio. Sic Veterum librorum fide in sua editione verissime recepit optimus meus quondam Collega, & Amicus carissimus, Johannes Georgius Grævius, V. CL. cum a Petro Victorio & aliis Eru- ditis Viris nullo ederetur sensu, actio est in auctorem præsentem. Etiam nuper lubens intellexi familiaribus literis, in eo consentire mihi V. CL. quem jure amicitiae similiter honoris causa hic appello. Nunc redeo ad formulam. Ea formula ab actoris procuratore rogabatur debitor, essetne auctor; id est, essetne is a quo deberet eum domini mandatu ejus jus persequi. Eodem modo rogabatur rei defensor, anne fieret auctor. Indicis Festus. verba Festi. Cognitor est, qui litem alterius suscipit coram eo cui datus est. procurator autem absentis nomine auctor fit. Quod si negaret debitor, se auctorem esse actoris procuratori; quod diceret, se cum procuratore non contraxisse; aut contra actor recusaret rei defensorem: tum ita interlocutus videretur Prætor: Si negat, sacramento querito. quam formulam Valerius Probus sequentibus designat literis: S. N. S. Q. Inde, an auctorem fieri oporteret, sacramento, id est, sponcione certæ pecuniæ, disceptabatur prius, quam ab eo quid exigeretur. Interim si adversarius admitteret auctorem; aut si fateretur, se auctorem fieri: tum deinde lite inter eos contestata, perinde accepta res fuit, ac si ea lis a domino in procuratorem, interveniente delegatione & novatione, esse translata, atque hic eam suo nomine jam aut moveret aut susceperet l. xi. §. 1. & l. 29. D. de novation. Atque hinc dici opinor, procuratorem lite contestata effici litis dominum l. 22. & 23. C. h. t. Nec aliunde est: quod procurator, etiam post excessum ejus a quo sit constitutus, potest inchoatam litem jurgiumque finire. meminit Julianus l. 23. C. h. t. quæ est descripta ex l. 1. Cod. Theod. de cognitoribus & procuratoribus. quamquam in hac plus dicitur: quod procuratorem, post causam in judicio publicatam, (Tribonianus dicit, agitatam, id est, contestatam) etiam ad heredes suos inchoata transmittere, Veteres Juris voluerunt conditores. quod & Symmachus, lib. 10. Epist. 32, confirmat. sed postremum omisit Tribonianus in d. l. 23: quia erat jam a Theodosio & Valentiniano abrogatum d. l. ult. Cod. Theod. d. t. Sed in viam. Ab eadem ratione solet in ipsum ferri sententia, non in mandatore l. 1. C. de sententiis. l. 6. §. 2. D. de his qui notant. infam. solet item judicati actio procuratori atque in procuratorem dari non domino atque in dominum, utique directo & subtili jure, donec quædam Prætor mitigavit pro communi utilitate. Didici ex l. 28. & 30. D. h. t. Cicero

quoque ostendit, *Pro Roscio Comædo*, n. 31. *Quid interest*, inquiens, *qui per se litigat, & qui cognitorem dat? qui per se litem contestatur, sibi soli petit. alteri nemo potest; nisi qui cognitor est factus. Itane vero? cognitor si fuisset tuus, quod vicisset iudicio, ferres tuum? suo nomine petit, quod abstulit, sibi, non tibi exegit.*

Ab his initiis profecta procuratorum defensorumque origo, adeo paulatim invaluit: ut tandem Edicto Prætoris palam reciperetur; ac si quis rebus suis superesse non posset, siue noller: per alios vel agere posset, vel conveniri *l. 1. §. 2. D. h. t.* cæterum ita attemperata fuit; ne aut rei publicæ, aut privatæ adversarii, repugnaret. Fuit hoc olim cognitum indifficile ex Edictis quæ tum extitere. nunc pleraque perire injuria temporis, non tamen inutile erit, quæ restant Fragmenta, tamquam ex naufragio tabulas, colligere.

Primum Caput tale fuisse, suspicor. *Procuratorem ad quamcumque actionem, si ei mandatum erit ab eo qui ejus actionis dominus erit, causa cognita, admittam.* Ait Prætor, *Procuratorem admittam ad quamcumque actionem.* Verba hæc aut similia in Edicto fuisse, ex sequentibus liquebit. sunt autem generalia illa verba: ac designant, procuratorem a Prætoris admitti quacumque in causa, modo sit pecuniaria, & privata. tantum querit Prætor; utrum actionem habeat qui procuratorem dedit: nec refert ejus, utrum directæ sit actio, an utilis. nam & hæc procuratorem admittit. Exemplum *l. 42. §. 3. D. h. t.* cui jungenda *l. 112. D. de regulis juris*: est enim utraque ex Pauli lib. 8. Ad Edictum. queritur autem in *d. §. 3.* utrum fideicommissarius, restituta ei ex Senatusconsulto Trebelliano hereditate, possit heredem fiduciarium dare procuratorem in actionibus utilibus. querendi causa fuit: quod heres fiduciarium, etiam restituta hereditate, manet heres *§. 4. Inst. de fideicom. hered.* ideoque illi suo jure competunt actiones directæ; nec opus habet mandatis a fideicommissario utilibus *l. 70. D. Ad Senatusc. Trebell.* Sed responsum est, fiduciarium heredem a fideicommissario ad exercendas actiones utiles recte dari procuratorem; et si apud eum sint directæ: eo quod directæ ab eo institutæ, eliduntur per exceptionem restitutæ hereditatis *l. 1. §. 4. & l. 27. §. 7. D. eod. tit.* nec interest, utrum quis ipso jure non habeat actionem; an habeat eam quæ per exceptionem infirmetur *d. l. 112.* Similis quæstio in *l. 8. D. h. t.* est, an filiusfamilias possit dare procuratorem ad agendum; in primis si non habeat castrense peculium. nam in hoc pro patrefamilias habetur. dubitatio in eo est, utrum quam habeat actionem. & apparet, ei non competere directam: quippe cum eaptris sit cui adquirat omnia. voluit tamen utilitas, ei interdum dari actionem in factum, siue utilem. finge: furtum ei factum, aut injuriam. pater abest, & patris procurator non vult experiri. ait Ulpianus *l. 18. §. 1. D. de judic.* Juliano placuisse, posse eum utili iudicio agere; ne, dum pater expectatur, impunita sint maleficia, quia pater venturus non est; vel dum venit, se subtrahit is qui noxam commisit, quid nunc igitur possit pro his dare procuratorem? cæterum ad defendendum, si velit, procuratorem dare, ei licet sequente Edicto *d. l. 8.* nimirum, quia filiusfamilias ex omnibus causis tamquam paterfamilias obligatur, & ob id agi cum eo tamquam cum patrefamilias potest *l. 39. D. de oblig. & act.* Quod de filiofamilias dixi, idem de filiafamilias Ulpia-

nus censet *d. l. 8.* In servo autem, inquit, substitimus. nam negotia quidem pecuniaria servi posset gerere aliquem, & hoc casu procuratorem ejus esse admittimus: actionem autem intendere vetamus. enim vero qui de statu suo litigat, procuratorem habere posse non dubitamus, non solum in administratione rerum, sed etiam in actionibus, quæ ei adversus eum competant ex dominio vel contractu; siue ex possessione servitutis, siue libertatis, de suo statu litigat. *l. 33. pr. & §. 1. D. h. t.* & est ratio *l. 24. pr. & §. 2. D. de liberali causa.* Sic in aliis litibus, nam in causa liberali, id est, in ea quæ ei movetur de statu, non admittitur procurator: quia hæc causa tantum agitur per assertorem *pr. Inst. De his per quos ager. poss.* Sed Justinianus *l. unio. C. de assert. toll.* sublata assertionem, finit quidem, ex libertate vocatum in servitutem, statum suum defendere per procuratorem. at hoc non permittit ei qui ex servitute ipse provocat ad libertatem. Ut igitur quis procuratorem det ad agendum, sufficit, ei esse actionem, sed, ut dixi, privatam. Inde quæsitum est de actione injuriarum quæ proficiscitur ex lege Cornelia. ea quæstio proponitur *l. 42. §. 1. D. h. t.* huc autem redit: sitne id iudicium publicum, an privatum, nam lege Cornelia agitur ob id quod quis dicit, domum suam esse vi introitam, aut se esse pullatum verberatumve *§. 8. Inst. de injuriis.* adeo datur pro publica utilitate, exercetur certe vindicandæ publicæ libertatis gratia. Sed verius est, esse privatam actionem. non enim datur cuilibet ex populo, sed pullato aut verberato, id est, ei ad quem ea res pertinet. porro non omnis actio quæ ad publicam spectat utilitatem, utique publica est, & procuratorem respuit. argumento est actio furti, datur ea procul dubio pro securitate publica; est tamen privata, & admittit procuratorem *l. 4. C. de furtis.* idem putemus in ea quæ ex lege Cornelia est *l. 37. §. 1. D. de injuriis.* Sed hoc clare Paulus *d. l. 42. §. 1. D. h. t.* Scrupulum tamen his injicit *l. 12. §. ult. in fine D. de accusation.* Sed vide D. Vinnium ad *§. 8. Inst. de injuriis.*

Similiter fuit quæsitum, an popularis actio procuratorem admittat? ut autem expediatur quæstio, conjungendæ videntur *l. 1. & §. 5. D. de popular. action.* cum *l. 42. D. h. t.* ut sunt omnes ex Pauli lib. 8. Ad Edictum; & se invicem juvant. initium explicationis faciam a *d. l. 5.* in qua Paulus actorem distinguit a reo quo modo? sic ait: *Qui populari actione convenietur, ad defendendum procuratorem dare potest: is autem qui eam movet, procuratorem dare non potest.* Nempe popularis actio a parte rei sequitur ejus damnum & pecuniam. est igitur privata ejus lis, siue res. contra actor magis suum jus populi tuetur *d. l. 1. D. de popular. act.* ita non est actoris actio, sed populi; unde & publica actio dicitur *l. 30. §. 3. D. de jurejurand.* agit enim actor quasi unus de populo *l. 43. §. 2. D. h. t.* eoque modo & ipse agere potest qui hic procurator datur. altero igitur casu admittetur procurator; quia mandatum accepit ab eo qui est litis dominus; altero non admittetur; quia non accepit mandatum a litis domino. altero igitur casu satisfactum Edicto est, altero non est. Si tamen privato damno sit adfectus qui populari actione experitur, ut si de via publica agit, & privato damno ex prohibitione adficiatur: videtur Paulo *d. l. 42.* temperandū quod de populari actione dixit *d. l. 5.* quia dat tum quasi privatæ actionis procuratorem. multo magis, inquit, dabit ad sepulchri violati actionem is ad quem ea res pertinet

tinetur *d. l. 42. D. h. t.* scilicet, quia vel sonus viæ publicæ argumento est, in ea minus privati juris esse, quam in sepulchro: quod ut sit religiosum, tamen quodammodo ad familiam aut heredem pertinet, eoque veluti proprietatis causam continet *l. 2. §. 2. D. de interdict.* Ita commodè Paulus *l. 45. §. 1. D. h. t.* quæ est ex lib. 9. Ad Edictum, *Qui*, inquit, *ita de publico agunt, ut & privatum commodum defendant, causa cognita, permittuntur procuratorem dare: & postea alius agens exceptione repellitur.* Sic Paulus; & noto, quod in hac specie causæ cognitionem desiderat.

Deinde ait Prætor, *Si ei mandatum erit.* Hæc verba eo pertinent: ut nemo alterius procurator, nisi ex ejus mandato, esse possit: in primis si postulet, sibi dari actionem; neque offerat de rato cautionem. qua enim ratione cuiquam jus sit, id quod suum non sit, in iudicium deducere, invito domino, quo is de re sua laboret? reum quoque cur in periculum deducat frustra, non justior ratio est. finge enim, absolvi: clausorium erit iudicium, si reperatur. quid, si condemnetur & solvat? non magis liberabitur ab eo cujus nomine actum sit, igitur quocumque inclinet fortuna litis, rei captio est: si actoris nomine postuletur actio; nec mandatum adferatur. Quid, si procurator offerat de rato cautionem? nec sic admitteatur; si fateatur, non esse mandatum. Primum enim quid reo opus litibus supervacuis? deinde non facit cautio; ut is cui non sit mandatum, habeat propriam aut mandatam actionem. præterea datum est certis dumtaxat personis, ut sub ea cautione alieno nomine sine mandato admittantur. At enim actor cogitur, pro reo quemvis admittere defensorem. Sed refert, utrum quis pro reo, an pro actore interveniat. altero enim casu meliorem facit alienam conditionem; altero deteriore *l. 39. D. de negotiis gestis.* Apparet igitur, si non sit mandatum, & hoc constat, procuratorem frustra intervenire ex parte actoris *l. 24. C. h. t.* nullo discrimine, utrum cautionem de rato offerat, an non offerat. Quid, si dubitetur, utrum mandatum sit, an non sit? forte dices idem quod in superiore specie: nam probationem incumbere ei qui dicit; non ei qui negat *l. 2. D. de probationibus.* Sed ne per causam incerti mandati litibus injiceretur mora: contra placuit, procuratorem admitti; si satisfat, dominum ratam rem habiturum *l. 1. C. h. t.* eo quod sic videtur consulti utrique, & actori, & reo: illi, ne lis trahatur: huic, ne eadem in re temere repetatur.

Vult igitur Prætor, mandatum esse; nil aliud. proinde quocumque modo sit mandatum, eo potest procurator constitui, sive pure, sive in diem, sive sub conditione, etiam usque ad diem, & in perpetuum *l. 3. §. 4. D. h. t.* quia omnibus his modis recte contrahitur mandatum *l. 1. §. 3. D. Mandati.* Ad hæc docet Paulus *lib. 1. Sentent. tit. 10,* apud acta Præsidis, & Magistratus, procuratorem fieri, etiam per literas, & per nuntium fieri: hoc est, non præsentem tantum, sed absentem quoque, dummodo certus si qui datur, & ratam habeat dationem *l. 1. §. ult. & l. 2. D. h. t.* sed nec distinguimus verba quibus detur procurator. potest enim quibuslibet verbis, etiam nudis constitui *§. 1. Inst. De his per quos ager. poss.* Unum oportet, ut mandatum sit: hoc est, ut ea causa qua de agitur, sit mandata. Interim sæpe evenit; ut quæ non continetur mandati verbis, ejus sententia comprehendatur. etiam evenit; ut mandati verbis contineatur ad quam ejus sententia non pertingat.

quod quale sit, nunc considerandum est. Ego autem sic cenleo, duo esse procuratorum genera: vel enim dari ad agendum, vel ad administrandum *l. 43. D. h. t.* & utrosque vel ad omne negotium, vel ad partem negotii. Hoc modo Paulus, *lib. 1. Sentent. tit. 10. §. 1. Procurator aut ad litem, aut ad omne negotium, aut ad partem negotii, aut ad res administrandas datur.* Ita in summa omnis procurator est vel generalis, vel specialis: etsi plerique etiam faciant tertium qui habeat liberam omnium bonorum administrationem. Sed sequor Veteres: qui ex professo dividentes procuratorum species, tantum duas faciunt, generalem & specialem, tertium ab his separatim faciunt nusquam. id liquet ex *l. 1. §. 1. D. h. t. l. 12. D. de pactis. l. 17. §. ult. D. de jurejurando. l. 12. D. de solutionib. l. 3. §. 2. D. judicat. solvi.* Non tamen ignoro, alibi fieri mentionem procuratoris, habentis liberam omnium negotiorum administrationem *l. 58. D. h. t. & l. 9. §. 4. D. de adquir. rer. domin.* Sed meo iudicio, cum tantum indigitatur procurator universorum bonorum: ut cum dicitur libera testamenti factio quæ tantum est testamenti factio *l. 35. C. de inofficioso testam.* & libera peculii administratio quæ alias dicitur peculii administratio, ut observavi, *De pactis & transaction. c. 27.* Igitur si cui una mandetur species; is eam administrare potest, aliam non potest: nisi velit mandantis sententia. tum enim hanc quoque gerere poterit; etsi mandantis verbis non comprehendatur. finge, esse, sine quo expediri nequeat mandatum, de eoque filere mandati verba. placet, vel id ad procuratoris curam pertinere: quasi rem mandans, omnia mandasse videatur, sine quibus res mandata explicari nequeat. Exempla sunt in *l. 56. & 62. D. h. t.* Sic in speciali mandato. Quid, si generale sit? quantum ad verba: non est positus administrationi finis, nec potest negari, esse liberam quam apparet esse indeterminatam: ac potest suo arbitrio procurator, quæ velit, agere omnia. Interim quod mandantis verbis deest, ejus mente continetur: ne agat, quod non sit intra administrationem, aut quod sit adversus fidem bonam *l. 60. §. 4. D. Mandati.* atque hoc si est, ut est verissimum: nil interest, utrum simpliciter dicatur habere omnium negotiorum administrationem, an habere liberam omnium negotiorum administrationem: conclusa omni ejus libertate intra administrationem, bona fide gerendam. Non minus vere addam, quærentibus, quid illi liceat procuratori; non esse juris, sed facti, quæstionem, an ex negotiis sit quod agit. Sic potest decidere, exigente domini utilitate; pacisci donationis causa non potest *l. 60. D. h. t.* nec magis potest permutare aut vendere res domini mobiles aut immobiles; quamvis possit vendere fructus, & quæ præterea servando servari nequeunt *l. 63. D. h. t. l. 16. C. de pactis. §. 42. & 43. Inst. de rerum divis.* Ab eadem ratione est: quod ut possit in iudicium deducere actionem domini; tamen non potest in iudicium deducere eam quæ ad mandantis affectum spectat, quam verisimile est non facile esse aliis mandaturum. quid igitur est? in hac speciale desideratur mandatum, nec sufficit generale: ut maxime paratus sit procurator interponere de rato cautionem *l. 40. D. h. t.* Hæc nunc pro instituto breviter. plura vide *d. c. 27. De pact. & transact.*

Ait Prætor, *Ab eo qui ejus actionis dominus erit.* Indicat *l. 1. D. h. t.* & huc alludunt *l. 22. l. 23. & 24. C. h. t.* Sensus est, procuratorem ad quamcumque actionem admitti; modo si man-

mandatum habeat ab eo, ad quem ea actio pertinet. talis ante litem contestatam est, qui actionem, sive in rem, sive in personam, de qua lis sit, sibi adquisivit. post litem contestatam, qui eam ex domini mandatu contestatus est, ita non competit ei, cui mandata actio est, jus substituendi procuratoris ante litem contestatam: quia non est litis dominus, nulla adhuc translata actione. post litem contestatam contra est: quia inde incipit lis ad procuratorem pertinere, tamquam dominum. mirum igitur non est, si inde alium sibi procuratorem possit substituere *l. 23. C. h. t.* Idem in tutoribus. prohibentur hi, si pupilli absint, aut infantes sint, procuratorem dare ante litem contestatam. inde ipsis, quasi dominis, conceditur procuratorem dare, exemplo procuratorum *l. xi. C. h. t.* Et si hoc difficultatem recipit, eo quod tutores, quatenus ad providentiam pupilli attinet, pro dominis habentur *l. 27. D. de admin. tut.* Sed hoc placuit, si ipsi agant: non si aliorum ministerio utantur.

Ait Prætor, *Causa cognita.* Hæc verba debeo *l. 45. §. 1. & l. 40. D. h. t.* estque his consequens: ut Prætor procuratorem ad agendum non admittat; nisi sic, ut non refutetur utilitate justæ rationis. ita fit interdum, ut non admittat procuratorem; licet habeat mandatum, & præterea offerat de rato cautionem: nisi ei nominatim sit mandatum *l. 25. §. 1. D. de minoribus. l. 66. §. 1. D. Ad Senatusc. Trebell.* Est quoque, ubi non aliter admittet procuratorem, quam si ei nominatim sit mandatum, & præterea iusta adferatur causa, propter quam ipse dominus impediatur *d. l. 40. Mitto d. l. 45. §. 1.* Tantum de primo Edicti capite.

Sequente pollicetur Prætor, *Sine mandato se admissurum parentes, liberos, fratres, adfines, libertos patronos, maritum, si id ratum habere eum, ad quem ea res pertinet, boni viri arbitratu satisfabunt; nec contraria voluntas adferetur.* De hisce Edicto fuisse comprehensum, liquet ex *l. 3. §. 3. D. Judicatum solvi.* Causa Edicti est personarum conjunctio: qua creduntur ex tacito mandato agere, quibus non objicitur contraria voluntas. hoc tamen quia magis constat præsumptione, quam veritate, ideo Prætor has personas tantum admittit sub cautione de rato. Ita clare Ulpianus *d. l. 40. §. ult. In his, inquit, personis, in quibus mandatum non exigimus, dicendum est, si forte evidens sit, contra voluntatem eos experiri eorum, pro quibus interveniunt, debere eos repelli. ergo non exigimus, ut habeant voluntatem vel mandatum, sed ne contraria voluntas probetur; quamvis de rato offerant cautionem.*

Ait Prætor, *Parentes, liberos, &c.* Etiam feci mentionem *Patroni.* ac vix dubito, quin hoc indigitaverit Ulpianus *l. 35. D. h. t.* eoque ibi in fine *pr. & §. 1. pro, liberti.* Patronus, luadeam restitui, *liberti & PATRONUS:* ut vox, *patronus,* sequens in *d. §. 1.* geminetur. Sane cum in *liberto* hoc Prætori placeat, non est causa, cur in *patrono* improbasse, existimetur. Sed hoc jam conjeci dudum *lib. 2. Observ. c. 16.* Omissus quoque in *d. l. 35.* est maritus: cum Edicto comprehensum fuisse, constet ex *d. l. 3. §. 3. & l. 21. C. h. t.* Fecit præterea causarum conjunctio; uti simile putemus de consortibus ejusdem litis, post causam legitime ordinatam: id est, præparatam: ut erudite observat Gothofredus ad *l. 2. Cod. Theod. de cognitoribus.* Sed hoc non debetur Edicto; verum *l. 1. & 2. C. de consortib. ejusd. lit.* concinnatæ a Triboniano ex *d. l. 2. Cod. Theod.* Induxit & Constantinus aliud *l. 1. C. Si per vim vel al. mod. abs. perturb. sit possess.*

Superiore Edicti Capite demonstravi, quomodo pro actore constituatur procurator. Sequentem dicam de ejus officio. de quo ita Prætor. *Cujus nomine quis actionem dari sibi postulabit, is eum boni viri arbitratu defendat, & ei, quocum eo nomine aget, id ratum habere eum, ad quem ea res pertinet, boni viri arbitratu satisfat.* Hæc verba extant in *l. 33. §. 3. D. h. t.* sed addenda hæc pauca. *Si non defendat, satisfat non det, cum postulabitur, actionem non dabo: præterquam si presentis procurator sit.* Hæc verba, *Si non defendat, actionem non dabo,* collegi ex *l. 43. §. 4. D. h. t.* fuisse vero Edicti perpetui, docet Antoninus *l. 5. C. eod. tit.* nec minus intelligitur ex *l. 3. C. eod. tit.* quod enim ibi dicitur, eum procuratorem prohiberi ab administratione negotiorum, secundum formam jurisdictionis, sic accipiendum est, secundum formam Edicti perpetui. Sequentia Edicti verba, *Satisfat non det,* non reperio in Pandectis, aut Codice. fuisse tamen in Edicto, suspicor ob sequens Pauli Fragmentum *lib. 1. Sentent. tit. 10. §. ult. Si satis non det procurator absentis: actio ei absentis nomine non datur.* Postrema Edicti verba, *Præterquam si presentis procurator sit,* desumpsi ex *l. unic. C. de satisfando. l. 65. D. h. t.* etiam huc respiciunt *l. 5. 6. 7. D. eod.* Tantum de conceptione Edicti. sequitur commendatio. est ea, quatenus attinet ad priorem partem, in *§. 4. d. l. 33.* ibi ait Ulpianus, æquum Prætori visum esse, eum, qui alicujus nomine procurator experitur, eundem etiam defensionem suscipere; si reus velit eum reconvenire. & recte: non enim debet rei conditio, admissio procuratore, fieri deterior, quam futura esset, si ipse interveniret actor. at hoc casu integram reo esse reconventionem, constat. quid ni igitur procurator, quem actor pro se dat, ejus defensionem suscipiat?

Ait Prætor, *Cujus nomine quis actionem sibi dari postulabit.* Verbum hoc, *Quis,* generale est, pertinet ad omnem, qui actionem postulat alieno nomine; sive agat ex mandatu domini; sive ei liceat agere sine eo *l. 35. D. h. t.* Quid, si quis sit procurator in rem suam: ei donata actione, vel vendita, eaque ex causa cessa? dicemus, eum teneri, defendere donatorem aut venditorem, a quo cessa, seu mandata est, donata aut vendita actio? Quæstio in eo vertitur, utrum actionem suo, an alieno, nomine petat? nam si spectes jus directæ actionis; alieno nomine agit, tamquam procurator. si putes exitum rei & finem; sibi agit, non alii, imo, si respicias ad actiones utiles, has suo nomine exercet *l. 55. D. h. t.* ex Constitutione D. Pii *l. 16. D. de pactis.* itaque sæpe evenit, ut is perinde habeatur, ac si negotio magis suo, quam alieno, fungatur, exemplum in milite *l. 9. C. h. t.* item in muliere *l. 4. C. eod. tit.* Sed hæc prudenter accipienda. sunt enim tum vera in primis; cum fiunt sine cujusquam injuria. at pone, injuriam tertio fieri mandata actione. quid dicemus? proprium negotium esse? ego si affirmem, vereor; ne me æquitas interpellet. possit enim sic fieri; ne reo sit copia repetendi eum, a quo convenitur: quod jura non ferunt, ut supra demonstratum. Dicam igitur, eum, qui sit in rem suam procurator, & utatur directis actionibus, eas postulare alieno nomine; tametsi per consequentiam profit sibi. id præter Scævola *l. 70. D. h. t.* probat Ulpianus *l. 33. §. ult. D. eod. tit.* tantum unam excipit speciem. ea species est: *Nisi forte ex necessitate fuerit factus.* Recte: licet enim & hic magis alienas, quam suas, actiones postulet: tamen placuit, excusari eum, cui nihil potest imputari

tati propter voluntatem, quam non habuit liberam: tum ceteris imputetur, cur velint, actiones sibi mandari sine necessitate. quomodo alibi quoque solet hominibus succurri in rebus, quas necesse habuerint suscipere: etsi eis non subveniretur, si eas sponte susciperent sine necessitate: ut apparet ex *l. 7. §. 1. l. 8. §. 4. D. Qui satisfacere cogantur*. Ut igitur dominum defendere debeat procurator in rem suam, si volenti mandatae sint actiones; aliud tamen est, si ex necessitate factus sit. Et est exemplum in familiae erciscundae iudicio, si uni ex pluribus coheredibus adjudicentur actiones ceterorum *l. 3. D. Famil. ercisc.* Item divisa inter tutores tutela, si a pupillo uni in contutorem mandetur tutelae actio *l. 2. C. de dividenda tutela. l. 2. C. Arbitr. tut.* Etiam in uno ex pluribus fidejussoribus, petente actiones sibi cedi adversus confidejssores. Sic est; si in rem suam procurator agat actionibus directis. Quid, si utilibus experiaturo suo nomine? hoc enim posse eum ex Constitutione D. Pii, supra demonstratum est ex *l. 16. D. de pactis*. Sed probo sententiam V. CL. Antonii Fabri *lib. 12. Consect. c. 10*: existimantis, Edictum non pertinere ad hunc casum: in quo procurator actionem postulet suo nomine; idque agi in *d. l. 34. D. h. t.* ideoque ibi pro, *procuratorio nomine*, quomodo haecenus editur, esse legendum, *proprio nomine*. Eamque Fabri emendationem aliquot adjutam conjecturis esse a V. CL. Henrico Reinaldo *lib. fug. Variorum c. 18*. non ita pridem vidi lubens.

Sed apparet, Praetorem sine discrimine loqui de eo, qui actionem postulet alieno nomine: eoque non de procuratore tantum, sed de tutoribus quoque & similibus. ita sane Justinianus *§. 3. Inst. de satisfactione*.

Ait Praetor, *Actionem*. Hoc verbum, cum specialiter accipitur, tantum ordinariam actionem in personam significat: sed cum a proprietate recedimus, ut fit aliquando, omnem indigit actionem; siue in personam, siue in rem sit, nec minus persecutiones extraordinarias *l. 178. §. 2. D. de verb. sign.* item praedictum, & interdicta, & cetera, quae instar actionum habentur *l. 37. D. de obligat. & act.* Hanc interpretationem Edictum postulat in praesentiarum. nec me fallo, rem perinde accipiens; ac si dixisset Praetor: Si quis alieno nomine sibi actionem dari postulabit, qualiscumque sit actio, in personam, in rem, directa, utilis, ordinaria, extraordinaria, praedictum, interdictum, stipulatio Praetoria, quae instar actionis habetur; is debet eum, cujus nomine actionem postulabit, defendere; si reus volet eum reconvenire: praeterea debet ei, quocum eo nomine aget, id ratum habere eum, ad quem ea res pertinet, boni viri arbitratu satisfacere. scilicet, quia non videtur Praetor voluisse, procuratorem sine adversarii damno constitui in una causa; in ceteris noluisse. Sed hocclare Ulpianus *l. 35. §. 2. l. 37. pr. & §. 1. l. 39. h. t.* Igitur *actionis* verbo Praetor omnem hic intelligit actionem. An & popularem? vix puto: non, quod non sit actio; sed quia non petitur alieno nomine tamquam a procuratore; sed quasi ab uno ex populo *l. 43. §. 2. D. h. t.*

Ait Praetor, *Is enim boni viri arbitratu defendat*. Sensus Praetoris est, oportere dominum a procuratore defendi ad eum modum, ad quem vir bonus arbitrabitur. Verbum autem hoc, *Defendere*, duo complecti, Ulpianus putat *l. 35. §. 3. h. t.* primum, facere quod dominus in litem faceret; deinde, cavere idonee; nec debere duriores fieri pro-

curatoris conditionem, quam est domini, praeterea quam in satisfaciendo. Providentissime, ut enim dominus ad satisfactionem non teneatur *§. 1. Inst. de satisfact.* quid ni tamen eam praestet defensor? est enim quod reo, volenti mutua uti conventiones, imputetur; si per adversarii inopiam calumniamve jus suum consequi nequeat. cur enim, cum posset, sibi non prospexit in personam ejus, cum quo contraxit, at quod in ipso reo seu debitore æquum est, id aliter se habet in procuratore; qui adversario aliquando invito, saepe ignoranti, utique volens obvenit, & negotio jam contracto, igitur ut hic reo praestentur, quae a domino, si ipse ageret, praestanda forent: merito hoc plus postulabit reus; ut ei illam in rem cautum sit ab initio: ne alioquin ejus jus, eo invito, per causam procuratoris defensoritve in periculum veniat. hac ratione solet dici, Nemo defensor in aliena re sine satisfactione idoneus esse creditur *d. §. 1. Inst.* Imo is, qui alterius defensionem suscipit, etsi locupletissimus, etsi consularis sit, non videtur defendere, nisi satisfacere fuerit paratus *l. 51. §. 1. l. 52. & 53. D. h. t.* Sed quid? judicatum solvi *d. §. 1. Inst.* hoc est, de re judicata; de re defendenda, & de dolo malo. nam tres haec clausulae ea satisfactione continentur *l. 6. D. Judicatum solvi*. Igitur debet procurator satisfacere. praeterea debet etiam facere id, quod dominus in litem faceret: hoc est, debet iudicium suscipere *d. l. 35. §. 3. D. h. t.* & quidem eodem jure atque eadem conditione, qua dominus. proinde ut dominus non cogitur, iudicium suscipere alio in loco, quam in quo ipse agit *l. 22. D. de iudicis*: sic eum cogi, in provinciam de Roma abire, vel e contrario, vel a provincia in aliam provinciam, durum est *d. l. 35. §. 2.* Similiter non condemnabitur in solidum procurator: si non debet dominus condemnari ulterius, quam facere potest *l. 51. §. 1. D. h. t.* ut enim non debuit adversarius propter procuratorem minus accipere, quam habiturus esset, si ipse egisset dominus: ita ei sufficit, a defensore consequi tantum, quantum habiturus esset, si ipsum convenisset dominum. Debet igitur procurator dominum defendere, si reconveniat. sed quando? Imperatores, Diocletianus & Maximianus *l. unic. C. de satisfaciendo* jubent, defensionis allegationem fieri in litis exordio, id est, ante litem contestatam. igitur si in exordio sit omisa; post litem contestatam fiet praepostere: ut solet dici de exceptionibus dilatoriis ex persona procuratoris: quarum haec est species, comparata videlicet ad removendum procuratorem non paratum, dominum defendere. Satis de priore Edicti membro.

Sequitur posterius. ejus verba sunt, ut supra dixi ex *l. 33. §. 3. D. h. t.* Et ei, quocum eo nomine aget, id ratum habere eum, ad quem ea res pertinet, boni viri arbitratu satisfacere. Est vero & sua huic parti æquitas: cum possit, qui per procuratorem conveniatur, metuere; ne dominus iterum de eadem re experiaturo; & absolutum iudicis sententia non satis tueatur rei judicatae exceptio. Vult igitur Praetor, de rato satisfacere, id est, datis fidejussoribus, de rato caveri ab eo, qui sibi actionem alterius nomine postulabit. Nec distinguit Praetor actionem. itaque, ut supra, sic hic dicemus, quacumque actione agatur alieno nomine, oportere hunc, qui eam postulabit, cavere id ratum habiturum eum, ad quem ea res pertinebit. Ceterum, (quod ex Pomponio observat Ulpianus *l. 39. §. 1. D. h. t.*) interdum debebit procurator, licet suo nomi-

ne experiatur, de rato cavere: & adfert duo exempla Ulpianus. unum est, Si procuratori constitutum est, & ex ea causa agat. ait enim Ulpianus, esse de rato cautioni locum, idque Pomponium scribere. alterum exemplum est, Si iusjurandum reo delatum a procuratore actoris, procuratori referatur, & is iuravit, actori dari oportere. agit enim hoc iudicio suo nomine propter suum iusjurandum; nec potuit hæc actio domino competere: sed debet de rato cavere. Nec obstat l. 9. §. pen. D. de iurejurando: ut sub illo Titulo dicitur.

Similis inspectio est, cui cavere is procurator debeat. Ait autem Prætor, *Ei quocum eo nomine agat.* Sic scripturam restituit Accursius. Florentiæ editur, *Ei quo nomine*: nullo sensu. malim igitur, *Ei quocum eo nomine agat.* Hic vero est reus.

Deinde ait Prætor, *Id ratum habere eum, ad quem ea res pertinet.* Dicit, habere pro habiturum esse, satis usitata loquendi forma. Per eum autem, ad quem ea res pertinet, intelligit dominum litis, & solum: ut bene observat Ulpianus l. 39. §. 2. D. h. t. nam ad eum res principaliter pertinet. addit, ceteros creditores eo verbo non contineri: & præfatur, nam nec ipsi domino hanc cautionem incumbere. sensus Ulpiani: quod ea lis ad creditores quidem per consequentiam pertinet: at principaliter ad eos non pertinet. igitur cum domino non incumbit ea cautio, non est causa, cur incumbat ejus procuratori. Eodem spectat l. 39. §. 3. & seqq. D. h. t.

Porro ait Prætor, *Boni viri arbitrata.* Hæc verba, ut vidimus, etiam in superiore extant Edicti parte: sed ibi ad modum defensionis, hic ad tempus satisfactionis, spectant. Huc igitur redit Edicti sensus: ut procurator satisfacet, cum vir bonus arbitrabitur, eum oportere satisfacere, dominum rem ratam habiturum. hoc vero incidit, quoties absens dedit procuratorem. nam præsentis procuratorem Prætor excepit sequentibus verbis, *Præterquam si præsentis procurator sit.* Idem tamen vel in absentis procuratore est observandum, quoties reo non est periculum; ne dominus, non præstita cautione, de eadem re iterum experiatur: non arbitrato facile viro bono, vel talem procuratorem supervacua cautione onerari, hoc certe æquitas suggerit, etsi iure deficiamus. Proinde videamus, quando ab absente metui possit tale periculum, Dices: quoties incertum mandatum est. & sic definitum l. 1. C. h. t. Sed jam sequens quaestio est, quodnam videatur incertum mandatum? Ulpianus vero in l. 3. §. 2. D. *Ut in possess. legat.* sic finit: Si dubitetur, an mandatum sit, vel non sit, de rato cautio erit exigenda. Eoque modo etiam de tutore idem loquitur l. 23. D. de administrat. tutorum: qui locus est ex lib. 9. Ad Edictum. Igitur si evidens sit mandatum, non exigitur ab absentis procuratore de rato cautio. nec magis; si fateatur is procurator, non esse mandatum: quia tum removeretur tamquam falsus. quid si dicat, mandatum esse, sed non probet? nil muto. quin ut probetur absentis mandatum; nec sic certum habetur: si talis sit probatio; ut ea reus, cum volet, uti nequeat, actore iterum de eadem re agere cogitante. Hoc sensu accipio illud Ulpiani l. 5. §. 18. D. de novi oper. nunc. *Qui procuratorio nomine nunciaverit, si non satisfabit, eam rem ratam dominum habiturum: nuntiatio omnimodo remittitur, etiamsi verus sit procurator.* Quod si probari possit mandatum, quoties res exigit; contra dicendum est, supervacua esse cautionem: quia jam

pro certo est mandatum; neque umquam metuitur periculum. Talis casus est; si absens dominus ad adversarium dirigat literas, quibus significet, quem & in qua causa procuratorem adversus eum fecerit; seque ratum habiturum cum eo gestum, hoc certe casu literis ejus approbatis, velut præsentis procuratorem intervenire intelligi, Modestinus scribit l. 65. D. h. t. atque ut is locus est ex libro singulari De Erematicis: in quo ille remedia, pro molliendo Juris rigore sapienter inventa a Jurisconsultis, curiose enarrat: sic apparet vel hoc eorum prudentiæ deberi. Simile videor mihi observare Erematicum in l. 21. D. *Ratam rem haberi*, quæ est ex libro 1. Opinionum Ulpiani: cujus hæc sunt verba. *Ne satisfactio, ratam rem dominum habiturum, exigatur, in his quæ nomine ejus ageret, qui eum se fecisse procuratorem libello Principi dato professus est, prodest. quod si judicatum solvi satis ab eo procuratore postuletur, necesse est, ut iuri manifesto pareatur.* Sic ubique editur; & repræsentant Græci, Basilic. lib. 9. tit. xi. tom. 1. p. 577. Fuit tamen, cum suspicaret, pro, libello Principi oblato, posse aptius scribi, libello Prætori oblato: eamque mutationem deberi ambiguitati Sigli, PR: quo Siglo tam Princeps, quam Prætor, significatur. ego vero malebam Prætori legere, quam Principi: & esse Ulpiani sensum: Si quis actor, libello Prætori oblato, id est, apud acta, professus sit, se fecisse procuratorem: eum efficere, ne a procuratore exigatur satisfactio, dominum rem ratam habiturum: sed si a procuratore postuletur satisfactio judicatum solvi; tum eam libelli professionem ei non prodesse, etsi apud acta factam: sed nihilominus debere hanc satisfactionem præstari ex Edicto. Cæterum quod hic dixi Erematicum Ulpiani (tale enim re vera est, sicut & aliud consimile ab eo dedimus infra sub Titulo De alienat. judic. mut. caus. ex l. 11.) hoc ajunt Diocletianus & Maximianus l. unic. C. de satisfact. jam suo tempore non incerti juris fuisse.

Sed redeo ad Edictum. ait igitur Prætor, *Præterquam si præsentis procurator sit.* Hæc vero verba ad utramque Edicti partem pertinent. & ideo si dominus sit præsens; non tenebitur procurator iudicium suscipere, neque satisfacere l. 10. l. 65. D. h. t. quia eo admisso, nulla adversario fraus fit: quin ut facilis est mandati exploratio, evocato ad Prætorum domino: sic difficilis non est actoris conventio. Illud videamus, quisnam in Edicto præsens intelligatur. Primum non dubitamus, præsentem videri eum, qui in iure est; nec minus illum, qui est in foro; quive in urbe; aut in continentibus ædificiis l. 6. D. h. t. item qui est in hortis l. 5. D. h. t. nam & hortos in continenti Urbis fuisse, commode observat V. CL. Barnabas Brissonius lib. 3. Select. antiq. c. 13. & ideo ejus, qui in his est, procurator præsentis esse videtur l. 7. D. h. t.

Postremo ait Prætor, *Si non defendat, neque satisfacet, cum postulabitur, actionem non dabo.* His verbis continetur pœna procuratoris non defendentis aut satisfactantis, cum postulabitur. ea pœna est, ne ei detur actio, quam postulat alieno nomine l. 43. §. 4. D. & l. 5. C. h. t. estque extra dubium, si procurator nondum satisfecit judicatum solvi, non procedi ultra Edicti pœnam: nec invitum compelli, iudicium suscipere, at si satisfecit defendendi gratia, an aliud dicendum sit, a Veteribus varie tractatum fuisse, in sequentibus ostendam. Huc usque de actoris procuratore.

Porro disputabo de eo, qui pro reo intervenit:
nam

nam ne hunc quidem neglexit Prætor. & potest videri in hunc edixisse sensum: *Procuratorem ad litem suscipiendam datum, pro quo consentiente dominus judicatum solvi satisfidabit, item cum qui se alterius defensionem offeret, si judicatum solvi boni viri arbitratu satisfidabit, admittam.* Hoc Caput attingit Modestinus l. 10. D. *Judicatum solvi.* habet autem summam æquitatem: quando publice utile est, absentes a quibuscumque defendi l. 33. §. 2. D. *h. t.* hac ratione possunt geri negotia absentis, etiam ignorantis & inviti: ne alioquin indefensi patiantur rerum possessionem ac venditionem, vel pignoris distractionem, vel pœnæ committendæ actionem l. 1. D. *de negotiis gestis.* Sed interest inter hoc & superius Caput: quod hic potest defensio vel sine mandato permitti: illic non potest: eo quod hoc casu melior sit absentis conditio; illo deterior l. 39. D. *ead. tit.* Utilitas igitur facit rei defensionem locum etiam sine mandato. Nisi iniquum est; quod alius debitor invito offertur creditori. Sed bonum factum Prætoris: ne actori vel hinc sit quirítandi causa, a defensore exigentis judicatum solvi satisfidationem boni viri arbitratu, ea facta, quid interest actoris, utrum hunc, an illum, habeat debitorem: cum possit jus suum ab utroque peræque consequi. Atque hoc generaliter constitutum est; eoque pertinet ad omnes causas l. *unic. C. de satisfidando*; nec minus ad omnes personas, etiam locupletes & idoneas: prorsus, ut nemo in aliena re sine satisfidatione idoneus defensor esse intelligatur l. 46. §. 2. l. 51. §. 2. l. 53. & 54. D. *h. t.* At enim nemo est supervacua cautione onerandus. Sit ita: sed cautio quam Prætor a defensore, etsi locuplete exigit, minime supervacua est, facile enim potest desinere, locuples esse, qui est talis. potest etiam fieri, ut sit actori tutius aut commodius, fidejussores, quam defensorem, convenire. porro quid opus, actorem onerari inquisitione in facultates defensoris cum quo illi nihil est negotii, si Jus Civile spectes, & in quem demum per Edictum incidit? Sic; si sine mandato intervenit rei defensor. quid, si ex mandato ejus, & hoc constet? movet dubitationem, quod damnato procuratore, adhuc in dominum datur judicati actio l. 4. D. *de re judicat.* Sed, puto, hic idem dicendum quod supra; cum id aperte tradatur l. *unic. C. de satisfidando.* Nec obstat, quod judicati actio datur in dominum. Nam ab initio aliter fuit, ut ante monui; & quamquam id deinde est mutatum; mansit tamen hac in parte jus pristinum: quia actori est quidem cautum actione judicati adversus dominum; sed non adversus procuratorem, ne is litem moretur, dolumque malum abesse, & abfuturum præstet. Plane suffecerit, si dominus ipse præsens procuratoris sui personam per judicatum solvi satisfidationis solemnes stipulationes firmet, vel extra judicium exponat satisfidationem per quam ipse sui procuratoris fidejussor existat pro omnibus judicatum solvi satisfidationis clausulis, aut alioquin id repromittat, & præterea caveat, adfuturum se judicio tempore recitandæ sententiæ: ut discitur ex §. 4. *Inst. de satisfidatione.* Sed hæc utrum sint ex Edicto, an ex interpretatione ejus, quod indicare videtur Justinianus, subdubito; & ideo ab Edicto omisi.

Vult igitur Prætor ab eo qui pro reo intervenit, præstari judicatum solvi satisfidationem. at de rato satisfidatione nihil addit. quare hanc a defensore absentis præstari, nihil attinet: maxime, si sit in personam actio l. 45. §. ult. D. *h. t.* & l. 5. §. ult. &

l. 6. D. *de nov. op. nunc.* tum enim quid interest actoris, utrum rem ratam habeat reus, an non habeat: quia de suo solvit defensor condemnatus: eoque modo reus etiam invitatus liberatur. In actionibus in rem aliud est l. 40. §. 2. D. *h. t.* contraria ratione: nam actoris interest, in ea actione sibi a defensore caveri de rato: quia litem obtinenti restituitur fundus rei. hunc igitur quid ni vindicet, si revertatur, reus? certo, quod inter alios actum est, aliis præjudicare non oportere. Hoc exemplo, si a procuratore de statu agatur actione præjudiciali; (sunt enim actiones præjudiciales in rem §. 13. *Inst. de actionib.*) semper compellitur procurator de rato cavere: sive is procurator aliquem petat in servitutem: (quo casu actoris partes implet l. 7. §. ult. D. *de liber. caus.*) sive quis ipse proclamet in libertatem: (quo casu procurator sustinet defensoris partes d. l. 7. §. ult. & l. 12. D. *de except.*) utroque igitur casu, ne impune pro suo statu sapius conveniatur, debet ei procurator de rato cavere l. 8. §. 2. D. *Rat. rem haberi*: perinde quasi ex utroque latere actor habeatur, atque hoc etiam Edicto fuisse comprehensum, Ulpianus ait l. 39. §. 5. D. *h. t.* Hoc quidem in actione in rem. at aliud est in actione in personam, ut dixi. nisi si agitur de eo quod ipsius rei habeatur. tum enim similiter actoris interest, a defensore, præter judicatum solvi satisfidationem, præstari satisfidationem de rato: eo quod hic quoque potest metui; ne deinde iterum experiatur reus, non habens ratum quod a defensore gestum sit. talis casus in l. 39. §. ult. D. *h. t.* est: Si suspectus postuletur tutor, & quis sit ejus defensor. quem non placet admitti, nisi præstita cautione de rato; ne reversus tutor velit retractare actum: quod denegari volenti, famam suam tueri, non est æquum. ne igitur hac ratione inane fiat hoc judicium, prospiciendum actori fuit cautione de rato l. 6. D. *Rat. rem hab.* Interim monet Ulpianus d. §. ult. l. 39. quod non facile per procuratorem quis excusabitur: (ita habent plerique libri, quamquam Florentiæ est, *accusabitur*) quoniam famæ causa est: præterquam in duobus casibus. quorum unus est, Nisi constet, ei a tutore mandatum nominatum, alter est, Aut si etiam absente tutore, quasi non defenderetur, Prætor erat cogniturus. quod quando contingat, apparet ex l. 7. §. ult. D. *de suspect. tutor.* Est & alius casus quo quis ejusdem actionis nomine & de rato caveat, & judicatum solvi d. l. 39. §. 6. D. *h. t.* Fac: minor postulat restitui adversus venditionem a se factam: quod dicit, se esse circumscriptum lubrico ætatis. absentis actoris defensor hic rei partes sustinens, satisfidat non tantum judicatum solvi, sed etiam de rato: propterea quod ita facienda est in integrum restitutio, ut unusquisque integrum recipiat jus sum l. 24. §. 4. D. *de minor.* potest igitur fieri, ut post restitutionem minoris reversus emptor aliquid a minore petat quod ejus defensor non petit ex causa emptionis. proinde ut per omnia ratum sit judicium a minore exercitum cum defensore actoris; etiam præstanda minori est de rato cautio.

Deinde ait Prætor: *Procuratorem ad litem suscipiendam datum pro quo consentiente dominus judicatum solvi exposuit, judicatum accipere cogam.* Hoc Capite indicat Prætor officium procuratoris a reo dati ad litem suscipiendam: cum pro eo consentiente dominus satisfidationem judicatum solvi exposuit. ait vero Prætor, id officium consistere in eo, ut is procurator hoc judicium suscipiat. quod si cessat facere: promittit Prætor, se eum coacturum, judicium

judicium suscipere. loquitur autem Prætor nominatim de rei procuratore; non de ejus defensore: & ideo quod de altero dicitur, (quantum ad verba attinet: nam de mente postea disputabitur) ad alterum extendi non oportet. idem cenſeo de procuratore actoris: nam de hoc quoque ſilet Prætor. Ait igitur Prætor, ſe coacturum rei procuratorem, judicium accipere; cum pro eo ſcientiente dominus ſatisdedit judicatum ſolvi. videtur autem Ulpiano procurator ſcientire; ſi dominus hoc fecit, eo ſciente & non contradicente. quod ſi aliter actum eſt, ait Ulpianus, incivile quidem eſſe, inſcium teneri procuratorem: ſed ob rem non deſenſam, nihilominus committi ſtipulationem *l. 15. D. h. t.* Deſiderat igitur Prætor procuratorem, ſed contentientem, ad quid? de hoc deliberabimus. nam inde pendet viſ & ratio coactionis quam pollicetur Prætor. eſt autem ejus ſcopus, utrique conſulere, & actori & domino: huic, ne adverſus eum committatur aut ſtipulatio aut ſatisdatio quam pro eo ſcientiente expoſuit: illi, ne ejus actio pereat, neve aliter ferat damnum ex judicii mora & tractu. utrumque providentiſſime: cum enim paſſus eſt procurator, pro ſe a domino ſatisdari judicatum ſolvi intelligitur & cum domino & cum actore eſſe pactus de accipiendo judicio: præſentibus hiſ Ediſti verbis, *Pro quo ſcientiente dominus ſatisdationem expoſuit.* nam ſcientientem accipimus eum qui conſentit, ut litem ſuſcipiat; in eamque rem non minus cum actore, quam cum domino conſentit: cum præſertim ad litem ſuſcipiendam datus proponatur procurator, & quidem a reo: at cui, niſi actori, a quo is cogitur rem ſuſcipere. ita neceſſe eſt, procuratorem in eam rem conſentire tam cum actore, quam cum reo, id eſt domino: cum conſtet, ita comparatum eſſe jure civili; ut quod inter alios pactum conventum eſt, aliis neque proſit, neque noceat.

Cæterum ait Prætor, *Cogam judicium accipere.* Hæc vero verba oſtendunt, procuratorem a reo datum, non ultra, quam ad judicium ſuſcipiendum teneri, idemque liquet *l. 43. §. ult. D. h. t.* proinde licet ei ſuſceptam litem deſerere, ſi velit: nec cogitur, ſi condemnatus ſit, appellare. merito: quia nil intereſt actoris: qui ſuſcepto judicio, poteſt conſequi, ut ſententia adverſus abſentem feratur *l. 73. D. de judiciis.* procurator vero ſi non appellet a lata ſententia; magis prodeſt actori, quam nocet.

Porro cum ait Prætor, *Cogam:* intelligit coactionem, ſolitam fieri remediis Prætoris, id eſt, multæ dictione & pignoris captione: ut apparet ex *l. 15. l. 43. §. ult. & l. 45. D. h. t.* Illud non eſt prætereundum, quod Ulpianus obſervat, hunc procuratorem ad ſuſcipiendum judicium cogi, non modo vivo domino, ſed mortuo quoque *l. 15. D. h. t.* ſine dubio, quia domini mandatum per cautionem deſuit eſſe integrum.

Igitur hoc modo cogitur procurator ad ſuſcipiendum judicium, an indiſtincte? forte dices: cauſatus, generalia eſſe Prætoris verba; ex iſſque conjecturam fieri de ſententia, ut in *l. 8. D. de Publicis in rem act.* Sed æquius eſt, (quod Ulpianus ſcribit *l. 13. D. h. t.*) hæc eſſe neque paſſim admittenda, neque diſtincte deneganda; ſed temperanda a Prætore, cauſa cognita: ut & factum in Ediſto de in jus vocando *l. 11. D. de in jus voc.* nec eſt obſcura hujus interpretationis ratio: quod ſatisdatio judicatum ſolvi creditur fieri arbitrato boni viri; non facile arbitraturi, ut is qui adfert juſtam excuſationis cauſam, nihilominus cogatur defendere. Ex

cauſa igitur non compelleretur procurator judicium ſuſcipere: præſertim ſi ſit nova: ut bene Paulus *l. 14. D. h. t.* & ſunt exempla *l. 8. §. ult. & legibus ſequentibus D. h. t.*

Hactenus de Ediſti verbis: reſtat, ut ejus mentem conſideremus. nam verba, ut demonſtratum eſt, volunt, procuratorem rei pro quo dominus expoſuit judicatum ſolvi ſatisdationem, cogi ad judicium ſuſcipiendum. non idem dicunt de defensore rei qui talem ſatisdationem pro ſe ipſe expoſuit: nec magis loquuntur de procuratore actoris; ſi, reo volente, eum reconvenire, ipſe pro ſe ſatisdedit judicatum ſolvi. liſ utraque in ſpecie eſt de Prætoris ſententia. non enim convenit inter Veteres; ſi judicatum ſolvi ſatisdederit aut actoris, aut rei defenſor, an exemplo hujus Ediſti, poſſit aut hic, aut ille compelli, judicium ſuſcipere. hujus ſedes quæſtionis eſt in *l. 35. §. 3. l. 43. §. ult. item l. 44. & 45. D. h. t.*

Initium faciā a *l. 35. §. 3.* ubi talia ſunt Ulpiani verba. *Præter ſatisdationem procurator ita defendere videtur, ſi judicium accipiat. unde quaſitum eſt apud Julianum, an compellatur: an vero ſufficiat ob rem non deſenſam ſtipulationem committi? & Julianus ſcribit libro tertio Digefforum, compellendum accipere judicium: niſi & agendum cauſa cognita recuſaverit, vel ex juſta cauſa remotus ſit.* Ulpiani diſputatio eſt de procuratore actoris qui poſtulata domini nomine actione, a reo reconventus, eſt paratus dominum defendere, ac jam ſatisdedit judicatum ſolvi. ponit autem pro certo Ulpianus, eum procuratorem videri ita defendere, ſi judicium ſuſcipiat; ac ſi ceſſet; poſſe, ob rem non deſenſam, actione ex ſtipulatu conveniri ad id quod intereſt adverſarii, judicium eſſe ſuſceptum: ſed quaſitum eſſe apud Julianum, ſi non ſuſcipiat judicium; utrum compelli poſſit, judicium ſuſcipere; an ſufficiat, ſtipulationem ob rem non deſenſam, committi? In ea quæſtione ait Ulpianus, Julianum ſcribere, compellendum, accipere judicium: id eſt, ut mihi videtur, etiam compellendum: uſitata loquendi forma quam alibi indicavi pluribus. quæ autem moverit Julianum cauſa, non addit Ulpianus. ſed hæc fuit, quod defenſor, cum ſatisdedit, eſt domini loco habendus. nec multum ei præſtaturus eſt Prætor, ſi eum non coegerit judicium accipere: cum ad fidejuſſores ejus iri poſſit, & hi quidquid præſtiterint, a defensore conſecuturi ſint. ſic ipſe Julianus *l. 76. D. h. t.* Igitur ei placuit, procuratorem non modo teneri actione ex ſtipulatu; ſed etiam extra ordinem compelli, judicium accipere: exemplo Ediſti quod eſt in *l. 8. §. fin. D. h. t.* Hoc Julianus & diſtincte: ut apparet ex *d. l. 76.* Sed Ulpianus *d. l. 35. §. ult.* uſus temperamento hiſ verbis: *Niſi recuſaverit procurator agere, cauſa cognita, vel juſta ex cauſa fuerit remotus.* Idem fuit; ſi defenſor rei ſine mandato interveniens, ſatisdationem judicatum ſolvi pro ſe ipſe interpoſuit. omitto *d. l. 76.* quæ eſt Juliani. ita Labeo: inter quem & Sabinum non convenit, ac mihi perſuadeo, Paulum a parte Sabini ſteriſſe *d. l. 43. §. ult. & l. 45.* Ulpianum contra a parte Labeonis *d. l. 44.* Sed rem putemus. Sermo Pauli *d. l. 43. §. ult. & l. 45.* eſt de eo qui non cogitur abſentem defendere; qualis eſt qui pro abſente reo ſponte intervenit ſine mandato. is enim ſi velit, poteſt, ſi nolit, invitus non cogitur defendere. id inquit Paulus, eſſe verum; quamdiu non interpoſuit ſatisdationem judicatum ſolvi defendendi rei gratia. ſed ſi judicatum ſolvi ſatisdedit, defendendi abſentis gratia: cogendum, judicium

dicium accipere: nempe, ne decipiatur is qui latis accepit. ait tamen Paulus, ex sententia Labeonis rem temperari, causa cognita. fac: est caprio actoris propter tractum temporis; ut si ejus actio tempore peritura sit: ait, rationis esse, cogi procuratorem judicium accipere, ne ejus mora lædatur reus. e contrario fingit, intervenisse novam causam de qua ab initio non fuit cogitatum: puta, ad finitatem esse direptam, aut inimicitias intercessisse, aut bona absentis possideri cœpisse, vel (quod ex Ulpiano subjicitur *d. l. 44. D. h. t.*) si longinquo sit abfuturus, vel alia justa causa intervenerit: placuit Labeoni, non cogendum procuratorem judicium suscipere. quippe cum defensionem susceperit non simpliciter; sed arbitrari boni viri. Hæc Labeonis sententia. Alia fuit Sabini. putavit is, si judicium non suscipiat defensor, etsi præstita satisfactio judicatum solvi: nullas esse Prætoris partes ad compellendum defendere: nam sufficere, ob rem non defensam agi ex stipulatu: ac si habeat justam causam, cur nolit accipere judicium: non teneri fidejussores; eo quod procurator promisit rem defendere non simpliciter; sed arbitrari boni viri, non arbitrari, eum qui habet justam excusationem, cogi defendere: quod si non habeat talem causam; condemnari, quanti ea res est. ac pro Sabino facit: quod verba Edicti quod est in *d. l. 8. §. fin.* saltem attingunt procuratorem pro quo dominus satisfecit: cum noster sermo sit de procuratore qui pro se ipse satisfecit, noluit igitur Sabinus, huc extendi ejus Edicti verba, cum deficiant: neque sententiam; cum non appareat extendendi causa. utrique potest isto casu aliter consuli indemnitati actoris per actionem ex stipulatu; illo non potest sine incommodo domini: quia ipse satisfecit, non procurator. noluit igitur Sabinus, esse locum extraordinario remedio, ubi suppetit ordinarium. Aliquis dicat: igitur committes Veteres Jurisconsultos. ego vero puto, inanem esse laborem ejus qui studeat conciliare eos qui conciliari noliunt.

Age nunc dispiciamus de mutando procuratore, si hoc fieri postulet dominus qui eum dedit. nam de eo quoque fuit Edicti caput: cujus verba quidem non extant: at sententia (quantum apparet ex Paulo & Ulpiano *l. 16. §. 17. h. t.* talis est. *Ante litem contestatam libera potestas erit ei qui procuratorem dedit, vel mutandi procuratoris, vel judicium suscipiendi. post deinde illi mutandi procuratoris, liti sue transferendæ potestas, præterquam causa cognita, non erit.* Causa hujus Edicti est posita in natura mandati: a quo potest recedi, re integra: post non potest. Accedit, quod procurator, lite contestata, fit litis dominus. is vero qui eum dedit, lite contestata, desinit esse litis dominus, est igitur rationis, ne dominus deinde revocet mandatum, invito adversario, cum quo litis contestatione est a procuratore quasi contractum. non magis debet dominus procuratorem impedire, quo minus ipse rem suam administret. ita, si dominus temere petat, procuratorem post litem contestatam mutari, litemve in se transferri. at si id iuste postulet; denegandi causa non est *l. 22. C. h. t.* quia, ut juris subtilitate jam non sit litis dominus, tamen quatenus ad eum pertinet litis exitus, quid ni hætenus dominus habeatur? Nisi sit procurator in rem suam: tum enim aliter observatur; sive contestata lis sit, sive non sit: scilicet, quia hic nomine procurator, re vera dominus est, & proprium gerit negotium, quapropter etiam habet utiles suo nomine actio-

Noode Operum Tomus II.

nes: quas ei nec auferre dominus potest ullo jure *l. 55. h. t.* Cavet igitur Prætor: ne dominus qui procuratorem dedit, post litem contestatam, aut procuratorem mutet, aut litem in se transferat, nisi causa cognita. Ulpianus *l. 17. §. 1. h. t.* idem censet de heredibus: sine dubio quod hi in omne jus defuncti succedunt. etiam assimilantur his cæteros ejus successores; quales sunt bonorum possessores, & fideicommissarii: qui ut non sint heredes jure civili; at pro heredibus jure Prætorio habentur. Datur igitur, ut dixi, domino, causa cognita, facultas aut mutandi procuratoris, aut litis in se transferendæ. Quid si non ille procuratorem, sed procurator ipse se, mutari postulet? non videtur hoc permisisse Prætor, ejus verba considerantibus, nihilominus sit paritate rationis, ut vel procuratori idem indulgeatur ex mente Prætoris *l. 24. h. t.* Solet igitur in primis a Prætore audiri dominus; post litem contestatam postulans, aut procuratorem mutari aut litem in se transferri. Quid, si postea noluerit, eum procuratorem esse, non substituto alio, neque translata in se lite? jam manet procurator is qui fuit, & rata erunt cum eo acta *l. 63. h. t.* puto, quod lis, quamdiu non est translata a procuratore, apud eum hæret. transferri autem nequit; nisi dominus ei substituat alium æque idoneum, aut ipse subeat vicem sui procuratoris: alioquin futura captio adversarii, cujus interest, habere aliquem cum quo experietur. eundem autem habeat, an alium, æque idoneum, nihil refert.

Unum restat, quemadmodum hæc judicii translatio & mutatio fieri debeat. mihi vero videtur, si actor alium procuratorem substituat ei quem prius dederat; satis esse, si dicat, se hunc dare in locum prioris. sin malit, in se transferre judicium; tantum desiderari, ut hoc declaret. eo facto committi stipulationem judicatum solvi, & sine cessio- ne obtinere actionem utilem, directa penitus tollenda, Ulpianus observat *l. 27. §. 1. D. h. t.* Quid, si reus qui judicium proprio nomine suscepit, velit dare procuratorem in quem actor transferat judicium? placet, etiam hunc audiri: si pro eo solemniter caveat judicatum solvi satisfactio *l. 46. D. h. t.* & recte: non enim refert, utrum negotium ab initio ad procuratorem transeat, an cœpta lite *l. 20. C. h. t.* præterea certum est, neminem in aliena re sine satisfactioe esse idoneum defensorem: ut supra monui.

Utrumque erit; apparet, procuratoris mutationem a Prætore, post litem contestatam, demum indulgeri, causa cognita. quid autem versetur in causæ cognitione, latissime traditum *l. 17. §. 2. §. seqq. h. t.*

Tandem dicamus, quinam procuratores dari, aut eos dare, possunt. fuisse de his quoque Edicto comprehensum, Ulpianus refert *l. 43. §. 1. h. t.* ait vero, id Edictum fuisse prohibitorium. ita putemus, omnes dari posse procuratores; nisi si qui nominatim excipiantur. in his est miles *l. 13. C. h. t.* sed quatenus prohibeatur, exponitur *l. 8. §. 2. D. l. 9. §. 1. C. d. t.* Infames quoque non potuisse procuratores esse, testis Paulus *lib. 1. Sentent. tit. 9, §. 1.* nec magis potuerunt hi procuratores dare. sed utrumque mutatum esse novo jure, auctor Justinianus *§. ult. Inst. de except.* Quod ad mulieres attinet: de his Imp. Severus & Antoninus *l. 4. C. h. t.* sic rescribunt: Aliena negotia per mulieres non aliter agi possunt, nisi in rem suam & proprium lucrum mandata sint eis actiones. Pro parentibus tamen, inquit Paulus, eis agere per-

mitti; et non passim, sed causa cognita: si forte parentes morbus, aut ætas impediât, nec quemquam qui agat, habeant *l. 41. h. t.* Vix opus, moneri, quod Ulpianus *l. 3. §. 1. h. t.* Invitus, inquit, procurator non solet dari. invitum autem accipere debemus, non eum tantum qui contradicit, verum eum quoque qui consensisse non probatur. Porro fuit quæstio de furdo & muto, an possit procurator dari; itemque, an procuratorem dare possit? sed de eo Paulus *l. 43. h. t.* Ne hoc quidem præteribo, quod visum Principibus, esse

contra seculi beatitudinem, sub prætextu debiti a fisco procuracionem præstari contra privatos *tot. tit. C. Ne fisc. vel res publ.* Idemque in aliis potentioribus placuit *tit. C. Ne lic. potent.* Hæc quidem de procuratoribus. de defensoribus vero sic scribit Paulus *l. 54. h. t.* Neque fœmina, neque miles, neque qui reipublicæ causa abfuturus est, aut morbo perpetuo tenetur, aut Magistratum initurus est, aut invitus iudicium pati non potest, idoneus defensor intelligitur.

TITULUS IV.

Quod cuiusque universitatis nomine, vel contra eam agatur.

SUPERIORE Titulo vidimus de procuratore domini actionem in iudicium deducente, aut eum in iudicio defendente. hoc Titulo videbimus de Actore & Syndico ab Universitate constituto, ut ejus nomine agat, vel eam defendat. de quo necesse erat specialiter edici: eo quod Universitas, cum incorporalis sit, proprio non est domina, & tamen quatenus animo fingitur, hoc jure utimur adversus subtilitatem; ut & domina esse, & res suas habere intelligatur *l. 1. §. ult. & l. 2. D. de adq. pass.* Edictum sic concipio. *Quod cuiusque universitatis nomine, vel contra eam agatur, de eo vel syndico vel actori & adversus eum iudicium dabo. Si nemo universitatem defendet, quod ejus commune erit, possideri, & si admoniti non excitentur ad sui defensionem, venire jubebo. Extraneum si universitatem defendere volet, admittam: sicut in privatorum defensionibus observatur.*

Prima Edicti verba, *Quod cuiusque universitatis nomine vel contra eam agatur*, indicat Rubrica, petita, ut solet, a primis Edicti verbis. Est autem universitas, ubi plures homines sub certis legibus publica auctoritate cœunt in unum corpus. Dico, Plures homines, nam ab uno non incipit universitas. quin Neratius tres facere collegium ait *l. 85. D. de verb. sign.* quid, si a pluribus inceperit universitas, sed ad unum devenit? forsan non videatur universitas, sicut nec grex cuius numerus usque eo pervenit, ut grex non intelligatur *l. ult. D. Quib. mod. ususfr. amitt.* ait tamen Ulpianus *l. 7. §. 2. D. h. t.* si universitas ad unum redit; magis admitti, posse eum convenire & conveniri: cum jus omnium in unum reciderit, & stet nomen universitatis. Colligitur igitur universitas ex pluribus: sed nihilominus a singulis qui in ea sint, distinguitur. adeo cum universitatem dicimus, non intelligimus singulos: sed aliquod civile corpus, constans ex distantibus capitibus *l. 30. D. de usurp. & usucap.* prorsus, ut alia sit universitas, alii singuli ex universitate. hos videmus oculis: illam animo concipimus, oculis non videmus. Hac ratione Ulpianus *d. l. 7. §. 1.* Si quid, inquit, universitati debetur, singulis non debetur; nec quod debet universitas, singuli debent. Ab eadem ratione ait quoque in *§. 2. d. l. 7.* in Decurionibus & aliis universitatibus nihil referre, utrum omnes iidem maneant, an pars maneat, vel omnes immutati sint: certo (quod plures exemplis ostendit Alphenus *l. 76. D. de judiciis*) cuius rei species eadem consisteret, quamvis mutatis particulis, rem eandem esse existimari. Similiter scribit Ulpianus in *l. 2. h. t.* si municipes, vel aliqua, id est, alia quæ, universitas ad agendum det actorem; non sic haberi, quasi a pluribus, datum. &

causatur, hunc pro republica, id est, pro corpore, intervenire, non pro singulis. Est & hoc notandum: quod tale corpus, sive universitas, ita consistit deum, si publicæ cœat auctoritate: nam clare Ulpianus *l. 1. h. t.* neque societas, inquit, neque collegium, neque huiusmodi corpus, passim omnibus habere conceditur. immo ait, Legibus, & Senatusconsultis, & principalibus Constitutionibus eam rem cœreri. optima sine dubio ratione; ne sub prætextu collegii aut universitatis conspirationes fiant adversus rempublicam, aut flagitia adversus bonos mores: exemplo Bacchanalium, apud Livium *lib. 39.* perquam digno considerari: dum veniatur *lib. 47. ad Tit. De collegiis & corporibus.* De cætero (quod huius loci est) ait Ulpianus *d. l. 1.* esse concessa paucis admodum in causis huiusmodi corpora: nam vectigalium publicorum sociis permitti, tale corpus habere; vel aurifodinarum, vel argentifodinarum, & salinarum. præterea certa Romæ esse collegia quorum corpus Senatusconsultis atque Constitutionibus Principalibus confirmatum est: veluti pistorum, & quorundam aliorum, & naviculariorum qui in provinciis sunt. Inde in Corpore Jani Gruteri, V. *CL. pag. 391. Inscript. 1.* post alia, *Ex. decreto. ordinis. corporis. piscatorum. & urinatorum. totius. alvei. Tiberis. quibus. ex. SC. coire. licet.* Et *pag. 432. Inscript. 1. Collegium. fabrum. quibus. ex. S.C. coire. licet.* Cæterum ait Ulpianus *d. l. 1. §. 1. h. t.* quibus permittum est, corpus habere collegii, societatis, sive cuiusvis alterius eorum nomine, proprium est, ad exemplum reipublicæ habere res communes, arcam communem, & Actorem, sive Syndicum per quem, tamquam in republica, quod communiter agi fierique oporteat, agatur, fiat. Mentio talis arcæ apud Gruterum, *pag. 175. Inscript. 4. & pag. 419. Inscript. 7.* Contra Collegia si quæ fuerint illicita, Mandatis & Constitutionibus & Senatusconsultis dissolvuntur. sed eis tum permittitur, pecunias, si quas habent, dividere, pecuniamque inter se partiri *l. 3. D. de colleg. & corporib.*

Deinde ait Prætor: *De eo vel syndico vel actori, & adversus eum, iudicium dabo.* Ex his verbis intelligitur, cui & adversus quem iudicium detur universitatis nomine. talis est Syndicus vel Actor. ac notandum, quod Ulpianus *l. 3. h. t.* ait, nulli permittit, nomine civitatis vel curiæ experiri: nisi ei Lex permittit, vel Lege cessante Ordo dedit. cum enim Ulpianus ait, *Lex*; sine dubio municipalem intelligit Legem: si quando ea caveatur; ut Syndicus ex officio suo possit communi nomine agere. estque similis plane locutio *l. 1. D. de offic. Præf. August.* ubi dicitur imperium Præfecto Au-

Augustali ad similitudinem Proconsulis Lege sub Augusto datum: id est, Lege qua is sub Augusto primum fuit institutus. Nec dissimili locutione in *l. 12. §. 1. D. de judiciis* dicitur, Lege permissum esse Proconsuli, Judicem dare: pro ea Lege, qua inductus ab initio fuit Proconsulatus. Est igitur Ulpiani in *d. l. 3.* hic sensus: quod si quis ordine Legis municipalis electus sit universitatis Syndicus, is ultro potest agere universitatis nomine; nec eget novo decreto. cessante vero ea Lege, id est, si non sit Syndicus ex tali Lege: tum experietur nomine civitatis vel curiæ is quem dedit Ordo, id est, Ordo Decurionum: vel quem dederunt Duumviri; si Decuriones decreverunt, actionem per eum movendam quem elegerint Duumviri *l. 6. §. 1. h. t.* Ait autem Ulpianus *l. 3. h. t.* Ordinem intelligi dare; cum duæ partes adessent, vel amplius, quam duæ. Et subjicit *l. 4.* Paulus: Plane ut duæ partes Decurionum adfuerint, is quoque quem decernent numerari potest. Puto vero, id simpliciter accipiendum: prorsus, ut sufficiat, in Actore eligendo adesse duas partes: quarum major earum pars Actorem decernat; non etiam, ut oporteat duas partes omnium suffragiis in eum consentire. Similiter, cum ait *d. l. 4.* Paulus, ut duæ partes Decurionum adfuerint, is quoque quem decernent, numerari potest: non sic hoc accipiendum, quasi ipsius suffragium quoque numeretur, quo major numerus eum decrevisse videatur: sed potius ita, quasi ejus præsentia fiat, ut major pars quæ adesse debet, adfuisse intelligatur. cæterum, ut ipse non debeat sibi suffragium dare: ait tamen Ulpianus *l. 5.* quod patris suffragium proderit filio, & filii patri; nec minus

(quod ex Paulo subjicitur *l. 6.*) eorum qui in ejusdem potestate sunt. nimirum, quia quasi Decurio hoc dedit; non quasi domestica persona. idemque in honorum petitione hoc servandum: nisi Lex municipii, vel perpetua consuetudo prohibeat. Igitur sic habeamus: quod vel ex Lege municipii extat Syndicus; & generaliter ad eum pertinet omnium causarum defensio: vel non est talis Lex municipii; & tum decreto universitatis Actor constituitur ad defendendam agendamve causam certam, ac præsentem *l. ult. §. 23. D. de muneribus*: nam ad futuram causam quæ adhuc in controversia non sit, talis Actor non constituitur *d. l. 6. §. 1*: quamvis privatus procurator ad futuras lites constituatur recte *l. 3. D. de procuratorib.* idque ideo, quod videtur abhorre a ratione decretorum publicorum, ut fiant de rebus quæ nondum sunt: ne incertum sit judicium eorum qui Actorem constituunt. in primis tamen hoc procedit; cum de movenda actione quæritur, de quo casu exaudienda est *l. 3. h. t.* nam id ibi vult verbum, *experiri*, ut in *l. 1. D. de divers. temporalib. præscript.* *l. 1. §. 7. D. de dol. mal. l. 5. §. 1. D. de admin. tut.* utique quod ad defensionem civitatis attinet; ad hanc etiam extraneus admittitur: sicut in privatorum defensione observatur: quia eo modo melior fit conditio universitatis. atque ita Gajus *l. 1. §. ult. h. t.* Sed Paulus *d. l. 6. §. 1. h. t.* ait, hodie solere hæc omnia, secundum locorum consuetudinem, explicari. Ita apparet, Syndicum aut Actorem universitatis non esse quidem procuratorem, sed instat procuratoris esse: & quamquam inter eos sit differentia; tamen multa esse inter eos communia; de quibus in *d. l. 6. §. 2. & 3. h. t.*

TITULUS V.

De negotiis gestis.

POST QUAM dictum de procuratoribus & defensoribus, quorum illi mandatu domini, hi sine eo, interveniunt: non abs re fuit, hoc Titulo cogitari de actionibus, quæ utraque in specie locum habeant. quemadmodum autem inter dominum & procuratorem obrinet mandati actio ex vero contractu, quo de libro XVI I. dicitur: ita ea cessat, ubi quis pro domino sponte intervenit sine mandato. nec tamen æquum fuerit, vel eo casu deficere juris remedia: tam certa utilitate servandi tuendique absentium vel ignorantium negotia, ne pereant. placuit igitur Prætori hoc Edicto, cum non esset actio ex vero contractu, ac ne delictum quidem appateret, inter eos fingere obligationem quasi est contractu, ex eaque proponere actionem, quæ vocatur Negotiorum gestorum *l. 5. D. de obligat. & act.* verba Edicti nobis servavit Ulpianus *l. 3. D. h. t.* sunt autem hæc. *Si quis negotia alterius, sive quis negotia, quæ cujusque, cum is moritur, fuerint, gesserit, judicium eo nomine dabo.* Hoc Edictum necessarium esse, ait Ulpianus *l. 1. D. h. t.* quoniam magna utilitas absentium versatur, ne indefensi rerum possessionem aut venditionem patiantur, vel pignoris distractionem, vel pænæ committendæ actionem, vel injuria rem suam amittant. Sic Ulpianus: sed aliquanto plenius Gajus *d. l. 5.* & Justinianus *§. 1. Inst. de oblig. quas. ex contr.*

Promittit igitur Prætor hoc Edicto judicium negotiorum gestorum *Si quis alterius negotia gesserit.* Hæc autem verba, *Si quis*, sic sunt accipienda,

Noodt Operum Tomus 11.

Sive quæ: nam & mulieres negotiorum gestorum agere & conveniri, non dubitatur *l. 3. §. 1. D. h. t.* *Negotia* vero sic accipe: sive unum, sive plura. ita pluralis numerus etiam singularem complectitur: quia sive unum negotium geratur, sive plura: utrimque par est æquitas permittendæ actionis.

Ait porro Prætor, *Alterius*. Et hoc ad utrumque sexum refertur *l. 3. §. 3. D. h. t.* nam ut masculis, sic fæminis, prodest negotiorum gestio: & his quidem eo magis, quo magis sexus imbecillitas in administrandis negotiis suis aliorum ope aut cura indiget. possunt igitur fæminæ alios convenire, & ab aliis conveniri, negotiorum gestorum *d. l. 3. §. 1.* nec interest, cujus negotium gestum sit: modo sit alterius. An tamen scientis, & præsentis, aut mandantis? Sed non puto: etsi enim generale sit verbum, *Alterius*: tamen in hoc Edicto non complectitur alium, quam absentem & ignorantem. nam si mandatum intervenit: supervacua est actio negotiorum gestorum; cum mandati sufficiat *d. l. 5. D. de oblig. & act.* porro qui præsens patitur negotium suum geri, is pro mandante habetur *l. 53. l. 22. §. 10. l. 6. §. 2. D. Mandati.* Contra ubi pro absente intervenitur; aut præsentem, sed ignorante: non fit actioni mandati locus; sed negotiorum gestorum *d. l. 22. §. 10. & l. 20. §. 1. D. eod. tit.* Alterius igitur appellatione in Edicto accipe vel absentem vel ignorantem: & utriusque meminit Paulus *l. 41. D. h. t.* Inde placuit *l. 2. C. h. t.* etiam, si quis pupilli negotia gesserit, Edicto locum esse. idemque de furioso traditum *l. 3. §. 5. D. h. t.*

D. h. t. merito; nam Edictum ignorantem obligat, est etiam certo jure definitum, quoties ex re, id est, non ex persona, neque facto pupilli aut furiosi, sed ex aequitate ipsius rei seu negotii, hoc est, quasi ex contractu, actio nascitur; toties & furiosum & pupillum obligari *l. 46. D. de oblig. & act.* etsi non in infinitum; sed quatenus locupletior ea re factus est pupillus *d. l. 2.* sic enim receptum ex Constitutione D. Pii: ad eumque modum putat Jacobus Cujacius, V. CL, lib. 13. *Observ. c. 7.* esse explicandum Ulpianum *d. l. 3. §. 4.* dum legatur, *Pupilli sane si negotia gessit*: suadente connexionem precedentis sequentisque §. sensum vero esse: Sane si quis pupilli negotia gessit: potest pupillus, post Rescriptum D. Pii, in id quod locupletior factus est, actione contraria negotiorum gestorum conveniri. si autem pupillus agat directa actione negotiorum gestorum; etiam potest gestor id quod gessit, quoque locupletiores fecit pupillum, eo iudicio jure compensationis habere saluum. Sic Cujacius. & addit: quod pupillus ante Rescriptum D. Pii patiebatur compensationem; post Rescriptum patitur etiam actionem. ceterum ait Paulus, litis contestatae tempore quaeri solere, an pupillus cujus negotia sine tutoris auctoritate gesta sunt, locupletior ex ea re cujus actionem patitur, factus sit *l. 37. D. h. t.* Nec illud omittendum est: quod Marcianus observat *l. 47. §. 1. D. de solutionibus*, etiam si res perierit ante litem contestatam, interdum quasi locupletiores factum intelligi: & esse talem casum, si empti ei sit res necessaria, quam necessario de sua erat empturus, nam hoc ipso quo non est pauperior factus, locupletiores esse.

Vult igitur Praetor, (redeo enim ad Edictum) ut sit locus actioni negotiorum gestorum, gestum esse alterius negotium. Hoc vero tum fit; cum gestum ad ejus damnum aut commodum spectat: sive ipso gestu ab initio, sive ex postfacto. Ab initio id evenit; si agrum curavi servum alienum, domino constitutum, non inutilem; statim eo ipso illi profuturus *l. 10. C. h. t.* Simile exemplum est, si quis creditori meo, quod ei debeo, solvat; & me ab illo liberet *l. 12. C. eod. tit.* Ex postfacto hoc contingit in *l. 9. C. h. t.* quae ut plenior sit, jungenda cum *l. 3. C. de contrahenda stipulatione*: cujus pars est, uti ex utriusque tenore intelligitur, licet variet utriusque Inscriptio. species talis est: Quidam, sive Hadrianus, sive Sallustius, cum pecuniam suam alii crederet, usus est Juliani nomine; in ejusque absentis personam concepit stipulationem de reddenda pecunia credita. certum est, non valere stipulationem in honorem Juliani factam: quia alteri stipulari nemo potest. una igitur superest rei contractae obligatio, id est, conditio certi ex mutuo, atque ea creditori competit. Julianus tamen debitorem, etsi non haberet obligatum sibi, interpellavit extra judicium, & solutionem accepit. quaeritur, an creditori adversus eum competat actio negotiorum gestorum? quaestio huc redit; utrum gestum a Juliano sit creditoris negotium. quod non puto, utique ab initio, id est, quamdiu non habet ratam solutionem Juliano factam: quia tam diu ad ejus damnum, fructumve non pertinet; eo quod debitor sine mandato alii solvens, quam creditori, ab eo non liberatur. sic ab initio. at si ratam habuit solutionem creditor; ut ab initio non fuerit ejus negotium, tamen deinde esse incipit: quia ubi ratam habuit solutionem, ab eo liberatus est debitor, perinde ac si ex ejus mandato solutio esset facta *l. 12. §. 4.*

D. de solutionibus. recte igitur exinde danda ei est actio negotiorum gestorum; ut ei restituatur solutum ejus nomine. Simile exemplum est in *l. 6. §. 9. D. h. t.* Ecce: ego Titium qui non erat tuus debitor, admonui quasi debitorem. ille quod tibi non debebat, mihi solvit per errorem. tu cum id intellexisti, ratam habuisti solutionem. quaeritur; an possis me convenire, actione negotiorum gestorum? est enim negotium tua contemplatione gestum. interim non est tuum; cum nihil fuerit tibi debitum. atque ita est ab initio. ceterum, postquam ratam habuisti solutionem mihi factam, incipit tuum esse negotium quod ante non erat tuum. quare? quia ut nihil tibi fuerit debitum, eoque intuitu ad te non pertineat solutio, quamvis tuo nomine facta: tua tamen rati habitio tuum efficit negotium: eo quod ei a quo exactum tuo nomine est indebitum, deinde adversus te competit repetitio indebiti soluti. recte igitur tibi quoque jam adversus me dabitur actio negotiorum gestorum; ut tibi restituam quod licet non erat debitum tibi, tamen tuo nomine accepi, & tuo periculo est. Eodem modo si debitorem Titii, cui te heredem esse existimabam, cum alius esset heres, convenero extra judicium, & exegero; non est tuum negotium: quia ad te non pertinet. & tamen si ratum habueris a me gestum: incipiet tuum esse negotium. inde igitur mihi adversus te, & vicissim tibi adversus me, competit actio negotiorum gestorum. atqui negotium non est tuum. sed rati habitio hoc efficit tuum: quia post eam incipis ex hereditate aliquid possidere pro herede vel pro possessore; eoque nomine potes a vero herede conveniri petitione hereditatis *d. l. 6. §. 10. D. h. t.* Sed haec prudenter consideranda sunt: optime enim procedunt in superioribus speciebus in quibus rati habitio facit negotium tuum quod est tua contemplatione gestum, licet non sit tuum: tantum quod nec alterius sit. neque enim mirum est, effici tuum quod erat nullius. Non idem est in specie *d. l. 6. §. 11*: in quo negotium a me gestum, erat alterius. finge: cum te heredem putarem, fulsi insulam hereditariam. alius est heres. tu tamen ratum habuisti a me gestum. an est mihi adversus te actio negotiorum gestorum? negat Ulpianus: praefatus, quod hoc facto meo jam alter sit locupletatus; ideoque alterius re ipsa gestum sit negotium; nec possit alii adquisitum ipso gestu, tuum negotium videri propter tuam rati habitio nem. sensus est: quod in proposita specie a me gestum est tuo nomine, re vera heredis fuit: ei scilicet adquisitum ipso gestu, quo cepit insulam habere meliorem. at nemo dixerit, quod alterius factum est ipso gestu, propter tuam rati habitio nem definire illius esse, & tuum fieri. rati habitio enim conciliat negotium tuum quod non est tuum, modo nec alterius sit. at quod jam alterius est re vera, id ut tua rati habitio tuum fiat sine ejus facto, hoc ratio non sinit. Occurrit hic & alia deliberatio; unde alterius negotium aestimetur, utrum ex re, an ex gerentis opinione? Mihi proclive est, ex utraque aestimare. Proinde si quis ita simpliciter, id est, ita stulte, versatus est, ut in suis bonis suum egerit negotium quasi meum: ait Ulpianus *l. 6. §. 4. D. h. t.* nullam ex utroque latere venire actionem: & praefatur, quod nec fides bona hoc patitur. recte: cum enim ex re constet haec obligatio; quid aliena facit contemplatio. deficiente negotii quod alterius sit gestione. Oportet igitur reabsque gestum esse alterius negotium

negotium. Amplius, ejus contemplatione *d. l. 6. §. 3.*, & gerendi negotii affectione *l. 19. §. 2. h. t.* quasi amici *l. 36. eod. tit.* vel, ut Paulus ait, ex officio amicitiae *l. 23. D. de rebus act. jud. possid.* Quid igitur? putavi, mihi a te mandatum, cum non esset mandatum; & tua gessi negotia. quæ nasceretur actio? certum est, cessare actionem mandati, deficiente mandato. igitur detur actio negotiorum gestorum. at non veni ultro, sed quia putavi mandatum esse. Placet tamen Ulpiano *l. 5. h. t.* competere actionem negotiorum gestorum. ut enim putavi, mihi mandatum esse, tamen volui mihi obligare te cujus negotia gessi; nec sit æquum, me quem veritas defendit, propter te in damno versari idcirco, quod erravi in causa obligationis: in hac maxime actione quæ est ex re, id est, ex negotio gesto: in qua proinde quid, & cui, gestum sit negotium, Prætor quærit. Similis est tractatus *l. 5. §. 1. D. h. t.* species hæc est. Aliena gessi negotia. putavi, esse Titii; cum essent Sempronii. teneretur mihi Sempronius actione negotiorum gestorum. nempe vel hic veritati cedit fides mea; & deceptum, ne in damno verser, tueretur probabilis facti error, ut mihi detur actio. *l. 45. §. 2. l. 31. §. 1. l. 6. §. 8. D. h. t.* Cæterum, si quis negotia mea gessit, non mei contemplatione, sed sui lucri causa: magis suum gessit, quam meum, negotium. placuit igitur Labeoni, non esse hic dandam directam negotiorum gestorum actionem: cum nil mei contemplatione gestum sit. Sed obtinuit, nihilominus, imo magis, & eum teneri actione negotiorum gestorum: quia utique apparet, eum re vera meum gessisse negotium; etsi ei non fuerit is animus. utique absurdum foret, si ipsi suus prodesset dolus, & ex improbitate nasceretur fructus. fiet igitur actioni directæ vel in hac specie locus. An & contrariæ, si quid forte in negotia mea impendit? Sed totus ad se spectavit; non ad me. mihi vero ut imputet quod sibi præstitit, non id jus, minus æquitas, paritur. Hoc aperte Seneca, *lib. 6. De benefic. c. 13.* etiam Phædrus *lib. 1. fab. 23.* nec minus Jurisconsultus *l. 6. §. 3. h. t.* sequentibus verbis: *Ipse si circares meas aliquid impenderit, non in id quod ei abest, quia improbe ad negotia mea accessit, actionem habet.* Aperte? ita est. verba enim hæc, *in id quod ei abest*, sunt ex formula contrariæ actionis; uti post ostendam ex *l. 2. §. 1. l. 28. h. t.* igitur negata ei in proposito actione in id quod ei abest propter improbitatem suam: negatur ei propter suam improbitatem contraria actio. Quid tandem? ait *d. §. 3. l. 6.* Jurisconsultus, *in quod ego locupletior factus sum, habet contra me actionem.* Vix dubito, quin hic sit scripturæ error, & auctor voluerit ponere exceptionem, aut retentionem, aut aliud simile verbum. vox autem ista, *actionem*, cum fuisset paulo ante inferenda, deinde, ut sit inter scribendum, aliud cogitanti exciderit. hoc eo magis censeo: quia formula ista, *In quod ego locupletior factus sum*, solet inter cætera accommodari exceptioni aut retentioni: ut in *l. 38. §. 1. l. 48. D. de hered. petit. §. 1. D. de doli mali & metus except.* Accedit ad hæc, quod Veteres hac in specie actionis nusquam meminere, imo actioni, qualicumque sit, locum negant. tantum concedunt retentionem vel officio Judicis, vel per exceptionem doli mali. hoc autem cum non minus observent in persona possessoris bonæ fidei, quam possessoris malæ fidei: quæto, ecquid causæ sit, cur in præsentia prædoni permittant actionem, quam numquam per-

mittunt illi quem alioquin iusta fides tueretur? Mihi non videtur. lego igitur, *Ipse tamen si circares meas aliquid impenderit, non in id quod ei abest, quia improbe ad negotia mea accessit, actionem, sed in quod ego locupletior factus sum, habet contra me exceptionem.* ita conjeci *lib. 3. Probabilium c. 19.* ubi plura.

Oportet igitur, ut obtineat actio negotiorum gestorum, alterius negotium esse gestum: non qualiter qualiter; sed, ut dixi, re & affectione. At enim Ulpianus *l. 3. §. 10. D. h. t.* sic scribit: *Hac actione tenetur non solum is qui sponte & nulla necessitate cogente immiscuit se negotiis alienis, & ea gessit: verum & is, qui aliqua necessitate urgente, vel necessitatis suspitione gessit.* Quid dicemus? utum derogasse Edicto; & utilem concessisse actionem, cum cessaret directæ. Neque id novum, quin sæpe evenit; ut jura paulatim augeantur, & ad novas porrigantur species; ad quas eadem pertinet utilitas: licet alia in his ratio sit, quam quæ ea jura initio provocavit. adeo attinet, quod Varro scribit *lib. 4. De lingua Latina, p. 64.* *Quæcumque usus causa ad vitam sunt assumpta, in his utilitatem querere, non similitudinem.* Item: *Propter utilitatem in his dissimilitudinem potius, quam similitudinem queramus.* Sane causa proponendæ in hoc Edicto actionis fuit; quod amici viderentur ea invirandi ad absentium negotia, ne interirent, sponte suscipienda: non item illi qui aliqua necessitate, vel necessitatis suspitione urgerentur. per hosce tamen si utiliter gesta sint mea negotia; nec alia ostenditur actio; placuit, in horum quoque personis locum habere actionem negotiorum gestorum, etsi non directam, tamen utilem; perinde ac si sua sponte ad negotiorum meorum gestionem perrexissent. ita hodie solum desideramus in hac actione, utique utili; ut is qui gessit, habeat affectum negotii mei gerendi; & sit talis quem mihi obligare possim. Ne exemplum desit; adferam sequens ex *l. 6. §. 5. D. h. t.* Aliquis putans, se esse meum servum, cum esset libertus vel ingenuus, mea gessit negotia. dubitatur, an ei danda sit actio negotiorum gestorum; quia accessit ad mea negotia, non tamquam amicus ultro & sponte ex officio amicitiae, ut postulat causa & origo inventæ hujus obligationis: sed ad ea venit tamquam servus ad domini negotia, motus servili necessitate; ad quam ratio & natura hujus obligationis non pertinet. putat tamen Julianus *d. l. 6. §. 5*, utrimque dandam esse negotiorum gestorum actionem: scilicet, quia in re quæ magis ex gesto constat, quam ex conventionem, plus valet quod in rei veritate est quam quod in opinione est. Paulus *l. 19. §. 2. §. 1. 36. h. t.* dicit, quod is habet affectionem gerendi negotii mei, & fuit quem obligare possum. Aliud exemplum in *l. 3. §. 5. h. t.* est in curatore furiosi, ipsum clarum & certum; ideoque non opus, explicari. tantum monebo; quod vocula *autem* in *d. §.* sumitur pro *etiam*; ut alibi sæpius. præterea addam; quod actio negotiorum gestorum cujus sit sibi mentio, non est alia, quam utilis: monstrante *l. 17. C. h. t.* Recepta igitur actio negotiorum gestorum, siue quis ad absentis vel ignorantis negotia ultro venit ex officio amicitiae, siue ad ea venit ex necessitate vel necessitatis suspitione: utique, si non inveniat aliam actionem. nam si quam habeat, non dicam tutelæ, sed familiæ eriscundæ, aut communi dividundo; cessat actio negotiorum gestorum: ut sub aliis Titulis dicetur. Obstant tamen hic complures leges, inter quas *l. 3. C. h. t.* Sed hanc

& cæteras egregie jam pacavit Dominus Vinnius
lib. 1. *Select. quest. c. 37.*

Sequitur in Edicto: *Sive quis negotia quæ cuiusque, cum is moritur, fuerint, gesserit.* Ad hanc partem sic scribit Ulpianus l. 3. §. 6. h. t. *Hæc verba, Sive quis negotia, quæ cuiusque cum is moritur, fuerint, gesserit, significant illud tempus, quo quis post mortem alicujus negotia gessit: de quo fuit necessarium edicere: quoniam neque testatoris jam defuncti, neque heredis qui nondum adiit, negotium gessisse videtur. Sed si quid accessit post mortem, ut puta partus, & fœtus, & fructus; vel si quid servi adquisierint: etsi (ex) his verbis non continentur, pro adjecto tamen debet accipi.* Tractatus hic est pulcher, sed obscurus, eoque paucis illustrandus. Sentus prioris partis est: quod Prætor, quamquam loquitur de negotiis quæ fuerint domini, cum moriebatur: tamen actionem demum proponit de his quæ erunt in iis negotiis gesta post ejus mortem: & fuisse necessarium de iis edicere: quia quod gestum est, (si naturalem sequimur veritatem, omissis juris fictionibus) non est negotium defuncti, quippe qui nullus est post mortem: neque heredis, quia hereditatem nondum adiit. Hic sensus Ulpiani priore loci parte. Quis posteriore? hac vult Ulpianus, Edicti verbis quidem finiri, quid juris sit, si quis curaverit res quæ defuncti fuerint tempore mortis: sed non æque, si quis curaverit quod illis post ejus mortem accessit: quo in numero esse partus, fœtus, fructus, operas. ut enim in his gestum sit negotium: non tamen liquere, cujus negotium gestum sit. nam Prætor fuisse locutum de his quæ cuiusque, cum is moritur, fuerint. illa autem de quibus disputatur, numquam defuncti fuisse; nec magis heredis esse ante aditam hereditatem. non igitur contineri Edicti verbis. Sic quidem Ulpianus, quoad Edicti verba. at non putat, esse ad illa standum: sed esse dandum Edicti sententiæ, ut pro adjecto habeantur. cum enim partus, fœtus, fructus, operæ, sint quasi accessiones ancillarum, pecorum, fundorum, servorumque: non esse absurdum, ea sequi eorum naturam. prorsus, ut qui curaverit has accessiones, perinde accipiatur, ac si defuncti servos, ancillas, pecora, aut fundos, curasset: id est, gessisset negotia, quæ defuncti, cum is moriebatur, fuerint.

Porro ait Prætor, *Gesserit.* Id vero est, curaverit, administraverit, servaverit. nam hæc verba idem sonant apud Veteres l. 6. §. ult. l. 21. §. 2. neque hoc dubium. Tantum quæsitum fuit, cum ait Prætor, *Gesserit*; utrum ad rei effectum spectat, an contentus sit utili gerentis consilio, etsi effectus non sit secutus? sed, ut mihi videtur, vix idonea ratione. quis enim, nisi stultus aut iniquus, ab amico sponte atque ex officio sine spe commodi accedente ad servandum absentis aut ignorantis negotium, alioquin perituum, postulet; ut non minus præstet eventum utilem, quam utile consilium: præsertim incerto plerumque eventu, etsi optimis consiliis? sed nimis notum est illud Ovidii, *Epist. 2. Heroid. vers. 85*

- - - Careat successibus opto,

Quisquis ab eventu facta notanda putat.

Et æquissime Ulpianus l. 10. §. 1. D. h. t. Is, inquit, qui negotiorum gestorum agit, non solum si effectum habuit negotium quod gessit, actione ista utetur: sed sufficit, si utiliter gessit, etsi effectum non habuit negotium. sit exemplum: si quis insulam fulsit quæ deinde exusta sit; aut ægrosum curavit servum qui deinde sit mortuus. Planè, si putavit,

se utiliter facere, sed patrimoniam non expediebat. negat Ulpianus d. §. 1. l. 10. hunc habiturum actionem negotiorum gestorum: causatus; quod, ut eventum non spectemus, at debet utiliter ceptum esse. Sic Ulpianus definit in negotiis viyorum gestis; etiam in bonis mortuorum l. 12. §. 2. D. h. t. Illud nescio, an addam; quod ut gestum sit negotium: non sufficit, ceptum esse, sed consummatum esse oportet: usque adeo, ut si vivo Titio, negotia ejus administrare cepti; intermittere mortuo eo non debeam. Nova plane inchoare, mihi necesse non est. vetera explicare ac conservare, necessarium est l. 21. §. 2. D. h. t. l. 20. C. h. t. Quæ porro sint nova, quæ vetera, negotia, & quod tempus in singulis inspicendum sit, ut pro qualitate personarum & actio formetur, & condemnatio moderetur, diligenter Paulus l. 15. §. 16. D. h. t.

Tenetur igitur quis de eo quod gessit. imo interdum de eo quoque quod non gessit fac: (qui est casus l. 6. §. fin. l. 7. §. 8. h. t.) aliquis quædam gessit, quædam non. contemplatione tamen ejus alius ad hæc non accessit; & vir diligens, quod ab eo exigimus, etiam ea gesturus fuit. putat Ulpianus, eum teneri & propter ea quæ non gessit; quasi per eum factum sit; ne omnia gererentur. in primis autem id placet Ulpiano; si debuit quid a se exigere. cum enim possit sibi sponte solvere: recte ei, si cesset, hoc imputatur: eoque incipiet usurarium esse debitum quod antea non erat tale; utique in bonæ fidei judicio: in quo usuræ debentur ex mora. ab eadem ratione inquit Ulpianus, si fuerit obligatus ex causa quæ certo tempore finiebatur, & tempore liberatus est; nihilominus eum teneri actione negotiorum gestorum: idemque esse in ea causa ex qua heres non tenebatur. Sic Ulpianus: si ipse quid debebat gestor. at negat, idem esse, si invenerit debitores alios: nam si hos non convenit, nihil ei imputari: quoniam eos judicio conveniendi facultatem non habebat, nullam habens actionem quam intendat sine mandato: nisi qui negotia administravit, fuit is a quo mandatum non exigitur. nam tum ei imputari, cur eum non convenerit, oblata de rato cautione: modo, si ei facile fuit satisfacere l. 8. h. t.

Postremo ait Prætor, *Judicium eo nomine dabo.* Gajus l. 5. D. de oblig. & act. hoc judicium, sive hanc actionem, appellat Negotiorum gestorum: dicitque, nasci quasi ex contractu ultro citroque. est igitur duplex actio negotiorum gestorum: alia directa, alia contraria. Directa datur illi cujus interest, hoc judicio experiri l. 47. h. t. hoc est, domino cujus negotia gesta sunt. Datur autem adversus gestorem d. l. 5. nec minus heredi, & adversus heredem: quippe cum ex negotio gesto oriatur l. 3. §. 7. h. t. Concepta porro est de eo quod ex bona fide alterum alteri præstare oportet d. l. 5. id vero postulat: ut gestor domino reddat actus sui rationem. quod fit in primis; si gestor domino restituat, quidquid ex his negotiis retinet; & præterea ei præstet damnum, si quod ei dedit. huc exire formulam actionis directæ, tam ratio gesti negotii, quam Gajus l. 2. h. t. indigitat. Utrumque propius consideremus. Primum oportet gestorem domino restituere quidquid ex negotiis retinet. hoc vero est omne quod ad eum pervenit ex rebus domini: ut fructus, & pecunia ei a debitoribus soluta, nec minus quidquid extra eas res adquisierit occasione negotii gesti. optima ratione quæ est in l. 12. §. 1. D. de distract. pign. pone: (quod est exemplum l. 8. §. 1. h. t.) cum fundum tuum vel

vel civitatis peterem, negotium tuum vel civitatis gerens; per obreptionem, id est, falsis allegationibus, sui ampliores, quam oportuit, fructus consecutus. ait Ulpianus, debere me hoc ipsum tibi vel reipublicæ præstare, licet petere non potuerim. hi ampliores fructus in *d. l. 12. §. 1.* dicuntur fructus majores: suntque dupli, ex Lege Duodecim Tabularum præstandi a malæ fidei possessore: ut erudite ostendit Jacobus Gothofredus ad *l. 1. Cod. Theod. de fruct. & lit. exp.* & ante eum Jacobus Cujacius *lib. 5. Observ. c. 21. & lib. 9. c. 19.* Dedit unum exemplum, sed ne solum sit, addam alterum ex *l. 23. h. t.* Titius gerens aliena negotia, indebitum exegit, etiam solvit indebitum, ait Paulus, eum quod indebite solvit, sibi imputate debere, non domino, eam solutionem ratam non habituro. cur enim solvit quod non debebat? & si solvit; quid ad dominum qui nec debebat, nec solvi iussit? non ita esse, si quid indebitum accepit. nam si dominus ratam habeat solutionem; debere id domino bona fide restituere: quia ejus nomine accepit adde: quod tenetur dominus solventi, post ratihabitionem, de indebito. ipse certe gestor abstinentem omni lucro præstare fidem debet. Altera pars reddendæ rationis consistit in eo: ut negotiorum gestor domino reparet damnum quod ei dedit vel committendo vel omittendo: modo intervenit ejus dolus, aut culpa, etiam levissima. Sic puto; & clarebit, si primum exemero scrupulum ex *l. 20. C. h. t.* In ea nulla fit mentio culpæ levissimæ, a gestore præstandæ; sed dumtaxat doli, item culpæ latæ ac levis. possit igitur hoc aliquibus esse molestum, passim solitis a contrario ducere argumentum. quod te hic facere nolim: certa & indubitata juris forma. quam obrem? quia *d. l. 20.* non est generalis Constitutio, ponens aut mutans actionis formam: sed est Rescriptum ad Libellum cujusdam Octavianæ: a qua verisimiliter rogatum fuit, utrum tantum de dolo & lata culpa teneretur negotiorum gestor; an etiam de levi? Ac videor mihi simile observasse in *l. 17. C. de rei vindic.* in qua dicitur malæ fidei possessor teneri de fructibus perceptis: non quod de percipiendis non tenetur: sed quod hos in Libello non attigerant Consultores; & tantum fuit responsum ad factum Libello oblatum. Sed talia etiam alibi notavi *lib. 4. Probabil. c. 3.* Igitur rem videamus. ait Justinianus *§. 1. Inst. de oblig. quæ quas. ex contract.* negotiorum gestorem ad exactissimam diligentiam compelli reddere rationem; nec sufficere, talem adhibere diligentiam, qualem suis rebus adhibere solet: si modo alius diligentior eo commodius administraturus esset negotia. sic ille. Idem censet Imp. Philippus *l. 24. C. de usuris*; Glauciz cuidam rescribens, ejus matrem, si negotia quæ ad eum pertinent, gesserit, debere omnem diligentiam præstare. Tenetur igitur, ut dixi, negotiorum gestor de dolo & omni culpa. Eaque ratione in *l. 25. §. 16. D. Famil. ercisc.* distinguitur a coherede: qui de levissima culpa non tenetur. Forte dices: in negotiorum gestione veri utilitatem solius domini; ut in deposito, igitur sufficere, utrimque præstari dolum & culpam latam. Sed levis momenti est hæc objectio. nam primo si quis se obtulit deposito, etiam is tenetur de levissima culpa *l. 1. §. 35. D. Depositi.* deinde interest, quod negotiorum gestio spectat ad administrationem; cum depositum tantum intendat ad custodiam. In deposito igitur sufficit bona fides, custodiæ sufficiens. at negotio-

rum gestio desiderat industriam, negotio aptam & convenientem: quam etiam profiteri videtur is qui ad aliena negotia gerenda sponte accedit. hanc igitur nisi præstet, recte eo nomine tenetur: exemplo procuratoris ex mandato intervenientis *l. 21. & 13. C. Mandati.* Plane interdum dolum solummodo versari in actione negotiorum gestorum, Labeo scribit. & est exemplum, si affectione coactus, ne bona mea distrahantur, negotiis te meis obtuleris. æquissimum enim esse putat, dolum dumtaxat te præstare. eamque sententiam probat Ulpianus *l. 1. §. 9. h. t.* Tenetur igitur negotiorum gestor regulariter de dolo & omni culpa. An de casu quoque fortuito? negant Diocletianus & Maximianus, si non interveniat speciale pactum. sic extat in *l. 22. C. h. t.* verba. *Negotium gerentes alienum, non interveniente speciali pacto, casum fortuitum præstare non compelluntur.* At quod potest pactum speciale intervenire in negotiorum gestione; quæ sine pactione consistit? nullum. legendum igitur, *non interveniente speciali pacto.* quod primus atque ingeniose observat Amplissimus Senator, D. van Bynckershoek, *lib. 1. Observ. c. 7.* & jam laudavi, *De pactis c. 3.* Tale factum elegans in *l. 11. D. h. t.* si novum negotium quod non sit solitus absens facere, tu nomine ejus geras: veluti venales novitios cœmendo, vel aliquam negotiationem ineundo, est enim rationis (quod ostendi *lib. 1. De fœnor. & usur. c. 8.*) a te præstari casum fortuitum, etsi alioquin non præstetur a gestore. igitur si quod damnum fuerit ex ea re secutum, te sequetur, lucrum vero absentem. ut tamen, si in quibusdam lucrum factum fuerit, in quibusdam damnum, absens pensare lucrum cum damno debeat *d. l. 11.*

Ut ad rem revertar: placet, negotiorum gestorem, quia regulariter tenetur de dolo & omni culpa, sive committendo contingat, sive omittendo, idcirco domino etiam teneri ad usuras pecuniæ ab eo administratæ *l. 24. C. de usuris*: Sed quas? quæ in regione frequentantur: sic enim servatur in bonæ fidei judiciis, ex quibus est hæc actio. Quid, si gestor domini pecuniam in usus suos converterit malo more? tunc ad maximas, id est, centesimas, eum teneri, docet Tryphoninus *l. 38. D. h. t.* Amplius debet etiam periculum eorum nominum, quæ ipse contraxit, agnoscere. nam periculum nominum pertinet ad gestorem negotiorum; non ad eum cujus negotia gesta sunt. scilicet, quia obligatio non est ejus, quamdiu non est cessa a gestore. ita ut non potuit is exigere nomina: sic si deteriora fiant, non est ejus culpa. contra potuit gestor exigere nomina: ac, si cessaverit id facere, & interim facta sint deteriora; ejus culpa est. id tamen fallit; si fortuitis casibus debitores ita suas fortunas amiserunt, ut tempore litis ex ea actione contestandæ non essent solvendo: quia, ut supra dictum, negotiorum gestor, etsi culpæ nomine teneatur, de fortuito tamen casu non tenetur *l. 37. §. 1. D. h. t.* Satis de directa actione negotiorum gestorū.

Sequitur contraria actio. ea sic vocata: quia datur contra, seu vicissim; nam hoc significari verbo, *contra*, Donatus auctor est ad Terentium *Adelph. 1. 1.* ac pulchre Gajus *l. 5. D. de oblig. & act.* ait, si quis alterius negotia gesserit, proditas esse actiones quas appellamus Negotiorum gestorum; quibus invicem experiri possunt de eo quod ex bona fide alterum alteri præstare oportet. Quid igitur est? sicut actio directa datur domino adversus gestorem, ut reddat actus sui rationem; ita contraria datur gestori adversus eum

cujus negotia utiliter gesta sunt. Ad quid? ut ei præstetur quidquid eo nomine vel abest ei, vel abfuturum est. Hæc formula contrariæ actionis: hanc refert Gajus l. 2. h. t. & attingit Javolenus l. 28. eod. tit. estque ea idcirco diligentius observanda: quia inde apparet, quod Ulpianus l. 6. §. 3. h. t. ubi prædoni, si circa res meas aliquid impenderit, negat actionem ad id quod ei abest, ei palam negat actionem contrariam: quæ competit ad id quod abest; ut supra dixi. Fuerit hujus contrariæ actionis exemplum in l. 18. C. h. t. eique addi potest l. 37. D. de usuris, quæ est ex Ulpiani lib. 10. Ad Edictum; & hujus loci. Potest porro quod hac actione petitur, effectum habere duobus modis: vel jure pensationis, si agatur recto judicio; vel ultro; si eo non agatur l. 10. h. t. sicut etiam alibi monetur l. 17. §. 1. C. l. 18. §. ult. D. Commodati. De eo cogitandum, quid in d. l. 10. designet sequens Ulpiani locus, Antonino Fabro, Viro Erudito, gravis & suspectus manus & inscitæ Triboniani. *Sed an ultro mihi tribuitur actio sumptuum quos feci? S. puto competere: nisi specialiter id actum est, ut neuter adversus alterum actionem habeat.* Coniungenda cum l. 8. §. ult. præcedente esse hæc verba, ex utriusque Inscriptione bene animadvertit Antoninus Faber. sed a Triboniano violata esse, frustra metuit? Nimirum volunt, si unus ex duobus sociis prohibeat, alter non prohibeat, ab extraneo geri commune negotium: tum si posterior qui non prohibuit geri, actione directa agat adversus gestorem; invicem huic adversus eum jure pensationis competere contrariam sumptuum actionem; quia verum est, absentis & ignorantis negotium ab eo gestum esse utiliter; licet alter socius palam geri prohibuerit commune negotium, nec ex gesto idcirco ulla parte teneatur. Idemque esse, si ille socius cujus nulla extat prohibitio, cesset agere actione directa: nam gestori etiam tum ultro tribui actionem sumptuum: quia adhuc est eadem, quæ ante erat, ejus dandæ ratio: nisi si inter eos specialiter convenit, finito negotio; ut neuter adversus alterum habeat actionem. Meo judicio, est hic simplicissimus Ulpiani sensus, atque eo minus culpandus Fabro: quod in obligatione, domino ignorante nata quasi ex contractu, ante gestum quidem negotium non potuit specialiter conventum intelligi, ut neuter adversus alterum haberet actionem: at post gestionem interpo-

sita talis pactio, jure interposita est; ideoque non est, cura Prætoris servanda non sit l. 7. §. 7. D. de pactis. præsertim non obstruente ejus æquitatem allegatione alterius socii: clamantis, domino invito, factos a gestore esse sumptus; eo quod facti sint, ipso prohibente: cum a gestore ei imputeretur nihil.

Omittamus Ulpiani verba satis explicita, salva Triboniani existimatione. Videamus cætera, igitur cessat sumptuum repetitio: si aut specialiter renunciatum eis sit post negotii gestionem d. l. 10. aut facti dicantur invito & prohibente domino d. l. 8. §. ult. D. l. ult. C. h. t. l. 40. D. Mandati. Æque justa erit domini allegatio, esse factos in rem sibi non necessariam, vel se oneraturam, vel a se derelictam d. l. 10. §. 1. aut esse plures, quam oporteat l. 25. aut factos nulla re urgente, vel voluptatis causa l. 27. In omnibus enim hisce an adscribatur domino quod is ad se pertinere non existimet? hoc fieri non sinat bona fides: intra quam se tenet æquitas contrariæ actionis. Quid si impensæ quidem dicantur factæ in rem alterius; sed pietatis intuitu, consequenter donandi, non credendi & repetendi, animo? ne lis quæstioni sit, ejus exempla in d. l. 27. §. 1. D. l. 1. l. 11. l. 12. l. 13. l. 15. C. h. t. l. 50. D. Famil. erisc. De ea lite consultus Paulus l. 34. D. h. t. sic respondit: *Hæc disceptatio in factum constitit. aut in factum, pro in facto:* frequente apud Veteres loquendi forma, jam a multis sæpe notata, & inter alios a V. Cl. Johanne Frederico Gronovio ad Livinum lib. 2. c. 17. Sensus Pauli, Præsentem litem pendere a circumstantiis ab utraque parte sæpe probabilibus, ac vix dubio: quin illi fuerit consilium, secundum l. 114. D. de reg. jur. (quæ est desumpta ex ejus lib. 9. Ad Edictum, & hujus loci) hic inspicere, quod in obscuris toleret: id est, quod verisimilius est, aut quod plerumque fieri solet. De eo non dubito, quin inter alia voluntatis indicia, in d. l. 34. pro utraque parte prodita, hoc Pauli sit decretorium, utrum impensæ post mortem gestoris negotii (is proponitur casus) reperiantur relatæ in librum rationum, an non. videlicet, quod illud in credito, hoc in beneficio, fieri solitum. Morem tangit Seneca lib. 1. De benefic. c. 2. Verba Senecæ: *Nemo beneficia in kalendario scribit: nec avarus exactor ad horam & diem appellat. numquam illa vir bonus cogitat, nisi admonitus a reddente: alioquin in formam crediti transseunt.*

TITULUS VI.

De calumniatoribus.

CUR hic Titulus, qui est De calumniatoribus, subjiçatur Titulo De negotiis gestis, oblectior ratio est. sed mihi probabilis videtur sententia Jacobi Cujacii, lib. 23. Observ. c. 16. existimantis, Titulum qui in Pandectis est De calumniatoribus, in Edicto Perpetuo fuisse conceptum in hæc verba: *De hisce qui pecuniam, ut negotium facerent aut non facerent, accepisse dicerentur:* idque liquere ex l. pen. h. t. igitur rationem connectendi hujus Tituli cum priore, De negotiis gestis, pendere ex verbo, *Negotium*: quod utroque in Titulo fuit; licet non eadem significatione. ac simile observari in conjunctione Tituli, *Nauta, caupones, stabularii, ut recepta restituant*, cum Titulo *De receptis. qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant*: ut in loco dicetur. Interim præsens Edictum quod est De ca-

lumniatoribus, exposuit Gajus lib. 4. Ad Edictum Provinciale, Paulus & Ulpianus lib. 10. Ad Edictum: ex eoque in l. 1. h. t. hæc extant verba. *In eum, qui ut calumnia causa negotium faceret, vel non faceret, pecuniam accepisse dicitur; intra annum in quadruplum ejus pecunia quam accepisse dicitur; post annum simpli in factum actio competit.* Hoc Edicto Prætor, ut locum habeat proposita in factum actio, vult aliquem accepisse pecuniam, ut alii negotium faceret calumniæ causa. Calumniosus autem Paulo lib. 1. Sentent. tit. 12. est, qui sciens prudensque per fraudem negotium alicui comparat. qualis est, qui vexandi alicujus causa ei infert litem improbam. Sane Gajus l. 233. D. de verb. signif. Calumniatores, inquit, appellati sunt, quia per fraudem & frustrationem alios vexarent litibus.

litibus. & recte: est enim calumnia apud Veteres, (in quibus Paulus *l. pen. D. de hered. instit.* Iulianus *lib. 38. c. 7.* & Suetonius *Calig. c. 38.*) lis improba & vexandi causa instituta. Nec refert in proposito: utrum illa lis sit civilis, an criminalis. clare Ulpianus *l. 1. §. 1. §. l. 8. h. t.* Illud mirere: quod Prætor hoc Edicto etiam punit eum qui dicitur pecuniam accepisse; ne alii faceret negotium. nam hoc idem significat Ulpianus *d. l. 1. pr. In eum in-* quuens, *quint calumnia causa negotium faceret, vel non faceret, pecuniam accepisse dicitur.* Et contra possit alicui laudabile videri, alterum per alterum non vexari calumniosa lite adversus leges & bonos mores. Nisi turpe foret, accipere pecuniam; ne facias quod legibus & bonis moribus prohiberis: volente publica disciplina, homines a flagitiis abstinere virtutis respectu, aut legum veneratione; non privatis passionibus: ut pridem notavi *lib. singul. Ad Edict. De pact. & transact. c. 9. in fin.* Cæterum vis Edicti non ad lites stetit. etiam aliam qualemcumque injustam vexationem compescit. nam si publicanus sub specie vectigalis quod non debebatur, mancipia retineat, & pecuniam acceperit, ut ea dimittat: & ipse hac parte Edicti in factum actione tenetur *l. 7. §. 2. h. t.* Igitur ut obtineat in factum actio; oportet acceptam esse pecuniam; ut alii negotium fieret, aut non fieret: sive ante, sive post, iudicium acceptum *l. 1. §. 2. h. t.* Sufficit quoque, acceptam esse pecuniam. plus non desideratur. qui igitur accepit pecuniam, ut negotium faceret, sive fecit, sive non fecit; & qui accepit, ne faceret, & si fecit, tenetur *l. 3. §. 1. h. t.* Non magis refert, utrum ipse acceperit pecuniam; an jusserit, alii dari; aut ratum habuerit suo nomine acceptum *l. 2. in fine h. t.* Item, utrum ab adversario acceperit, an ab alio quocumque *l. 3. d. l.*

Quid porro sit, *Pecuniam accepisse*, si quærat: putarunt Veteres, Prætori visum, pecuniam accepisse, non modo qui numeratam accepit pecuniam, quæ est propria verbi significatio: sed etiam qui aliquid accepit pro pecunia. *d. l. 1. §. ult.* scilicet, quia est par ratio, sive quis acceperit numeratam pecuniam, sive aliud pro ea. quin idem esse generaliter, si quid compendii sensit propter hoc *d. l. 3.* pone: res est propter hoc minoris locata aut vendita *d. l. 2.* non interest, utrum acceperim pecuniam, an non expenderim; nam sic quoque lucrum feci: quod unum noluit Prætor. Ejusdem generis est: si alicui data sit pecunia gratuita utenda *d. l. 2.* id est, pecunia mutua: ut in hoc Pedonis Albinovani, *Eleg. 1.*

Vita data est utenda, data est sine fœnore nobis Mutua, nec certa persolvenda die.

Eadem ratione etiam eum qui obligatione sit liberatus, pecuniam accepisse, ait Paulus in *d. l. 2.* cum qua est conjungenda *l. 115. D. de regulis juris*, quæ est ex eodem Paulo *lib. 10. Ad Edictum.* Fit autem liberatio (ut hoc addam) procul dubio per acceptilationem. nam hac ipso jure tollitur obligatio; nec deinde potest ab eo qui ita libertatus sit, peri. recte igitur videtur pecuniam quam retinet, quodammodo brevi manu accipere. Plus ait Ulpianus *§. 2. d. l. 3.* hoc Edicto etiam teneri eum, qui depectus est. non quasi ille Edicti verbis comprehendatur: (non enim ita est, etsi visum Guilielmo Ranchino, aliisque) sed quasi Edicti sententia non excludatur. Sic igitur accipio quod Ulpianus *d. l. 2.* ait, *Hoc Edicto tenetur etiam is qui depectus est. Depectus autem dicitur turpiter pactus.* Et est Ulpiani sensus, Debitorem ab obligatione

depectione, sive pacto nudo, liberatum, non minus pecuniam, id est, lucrum, accipere, quam si acceptilatione liberetur: etsi illo modo tantum per exceptionem, hoc etiam ipso jure liberetur. nam in summa parum interesse: eodem utriusque formæ effectu, exitum spectantibus *l. 112. D. de reg. jur.* quod Prætori sufficit. Mea sententia, id & nihil aliud indigitat in *d. §. 2.* Ulpianus: *Hoc*, inquit, *Edicto tenetur etiam is qui depectus est.* Estque id tum verum maxime; si cum suo creditore sit depectus, ne a se petatur; & agatur, ut tertio fiat negotium. quia sic turpis est depectio; & quidem utrimque, tam a parte debitoris, quam creditoris: ideoque erit exceptioni locus, agente creditore. quod si parata creditori fuit calumnia; depectus autem debitor est cum creditore, ne a se petatur: aliud dicendum erit; quia jam quidem est depectio; sed nulla est creditoris turpitudine: & ideo, quia pacti exceptio potest retundi replicatione doli mali, non videtur accepta pecunia, nec est actioni in factum locus. Idem est: si pecuniam sis stipulatus, ut alii negotium faceres, aut non faceres. nam (ut ait Paulus *l. 115. §. 1. D. de regul. jur.* quam dixi esse ex ejus libro 10. Ad Edictum, ideoque hujus loci) non potest videri accepisse qui stipulatus potest exceptione submoveri. Sensus est: Ut locum habeat actio in factum de calumniatoribus; solum quærit Prætor, an quis pecuniam acceperit; id est, an quid lucri senserit; ut alicui negotium faceret, aut non faceret. id in præsentī casu non apparet: quia stipulanti quidem nata est ex stipulatu actio; sed ea potest elidi per exceptionem: nec est, cur videatur pecuniam accepisse, id est, lucrum fecisse stipulatione: a cujus petitione per exceptionem removetur *l. 13. D. eod. tit.* cessat igitur in hac specie proposita in factum actio.

Dixi, quando obtineat hæc in factum actio. Eademque opera ostendi, adversus quem detur. Apparet enim, dari adversus eum qui dicitur pecuniam accepisse; ut alicui negotium faceret, aut non faceret *l. 1. D. h. t.* Quid, si is sit patens, aut patronus, aut similis? poterat subdubitari: quia hæc actio non est famosa, sane in Edicto de his qui notantur infamia, inter infames non numeratur hoc Edicto damnatus in quadruplum. solus infamia notatur calumniæ causa damnatus iudicio publico. Animadvertit tamen Ulpianus, hoc iudicium, ut non sit famosum, esse instar famosæ actionis: quippe continere mentionem calumniæ; eoque non permitti filio adversus parentem; nec liberto adversus patronum, aut patronam, aut liberos, parentesve eorum: sicut iis personis etiam in cæteris Edicti partibus habetur honor. plane ait Ulpianus, his personis ipsis honorem haberi, non etiam interventoribus eorū: & si forte ipsi pro aliis interveniant, honorem haberi. Ita ille *l. 5. §. 7. D. de obseq. par. & patron. præst.* quæ ad hoc Edictum sic recte retrahuntur: cum sint ex libro 10. Ad Edictum: in quo cum hoc Edictum exposuisse, jam sæpius monui. Cæterum heres liberti (quod observat Paulus *l. 8. D. eod. tit.* quæ similiter est ex lib. 10. Ad Edictum ideoque hujus loci) habet omnia jura extranei hominis adversus patronum defuncti integra.

Proximus locus est, cui hæc detur actio. id vero in Edicto hodie (quantum liquet ex *l. 1. D. h. t.*) non extat: sed Veteres ajunt, illam competere ei qui pecuniam dedit, ne sibi fieret negotium: itemque ei propter quem data est pecunia. ei vero qui

qui pecuniam dedit, ut alii fieret negotium, non competere. Sic in *l. 7. pr. §. 1. h. t.* eodemque modo accipio sequentia verba *l. 3. §. ult. d. t.* Sed ei dabitur petitio propter quem datum est, ut calumnia ei fiat. Significat enim Ulpianus, quod ei propter quem datum est, ut ei fiat calumnia, ex hoc Edicto competit actio in factum in quadruplum: & ideo recte subjicitur: *Quare si quis a te pecuniam acceperit, ut mihi faceret negotium; & a me, ne mihi faceret: duobus iudiciis mihi tenebitur.*

Restat, ut tractemus, ad quid comperat hæc actio. ait autem Prætor, competere in quadruplum intra annum: post annum in simplum *l. 1. D. h. t.* Annus quemadmodum sit accipiendus, explicat Gajus *l. 6. h. t.* De quadruplo autem dubitatur. quæritur enim, utrum totum sit pœna; an ei insit simplum, ut mixta videatur actio? sed distinguit Cujacius, *lib. 8. Observ. c. 24.* ait enim, actionem ex hoc Edicto esse mixtam; si ipse dedit, ne mihi fieret negotium. quod si alius dedit misericordiæ causa, ne alii fieret negotium, esse mere pœnalem: cum non possit esse simplum respectu ejus, qui nihil dedit. nihilominus habet ille qui misericordiæ causa dedit, ne alii fieret negotium, ejus quod dedit, repetitionem *l. 7. pr. D. h. t.*

Similiter puto, si pecunia data sit, ut alii negotium fieret: esse actionem mere pœnalem. unde consequens est, ut adversus heredem ejus qui accepit, hæc actio non detur: nisi quatenus ad eum pervenit: & hoc, quia est constitutum, Turpia lucra heredibus quoque extorqueri, licet crimina extinguantur *l. 5. D. h. t.* An tamen heredi dabitur? & hoc negat Gajus *l. 4. D. h. t.* Atqui pœnales actiones solent heredibus dari: etsi non dentur adversus heredes. sed in proposita specie aliud est; quia est instar actionis injuriarum; quæ quod vin-

dictam sapit, non vacat odio; ideoque ne heredi quidem datur *§. 1. Inst. de perpet. & temp. act.* Debet igitur heredi sufficere: quod potest pecuniam a defuncto datam, quæ utique abest de patrimonio ejus, repetere condictione ob turpem causam; etsi ob injuriam defuncto illatam agere non potest *d. l. 4.*

Concurrunt cum hoc judicio complura alia; in primis condictio ob turpem causam, si quis dedit, ne alteri fiat negotium; quia tum est sola accipientis turpitudine, faciens condictioni locum *l. 1. §. 2. D. & l. 2. C. de condiction. ob turp. caus.* quod si quis dedit, ut alii fiat negotium; is hanc condictionem non habet; cum sit ab utraque parte turpitudine; & in pari causa potior habeatur causa possidentis *l. 3. §. 3. & l. 5. §. 1. D. h. t.* Nec hoc fuerit inut ile observatu; quod si is qui dedit, quo casu potest condicere a se datum, deinde non potest agere ad quadruplum: quasi alterutra sufficiat actio. Sic Ulpianus *d. l. 5. §. 1. h. t.* imo addit, quod ubi condictio competit, ibi non est necesse, post annum dare in factum actionem. cæterum si alius dedit, ne alii quid negotii fiat: dicitur danti competere condictio, alteri in quadruplum actio *l. 7. D. h. t.*

Præter condictionem qua de egi, etiam cum actione in factum concurrat Lex Julia repetundarum *l. 1. §. 1. D. h. t.* Insuper Constitutio Imp. Antonini ad Cassium Sabinum de qua Ulpianus *d. l. 1. §. 3.* qui locus huc usque inexplicabilis, a me, nisi mihi blandior, explicitus est feliciter, in Diocletiano & Maximiano *c. 14.*

Postremo monendum, quod *l. ult. D. h. t.* non pertinet ad hunc Titulum: sed ad Legem Juliam de adulteriis; ut apparet ex *l. 27. D. Ad Leg. Jul. de adul.*

LIBER QVARTVS.

TITULUS I.

De in integrum restitutionibus.



UPERIOR liber egit de personis quibus permittitur in jure postulare apud Prætozem. sequens exponet causas, ex quibus postulationes apud Prætozem fieri solent. prima occurrit in integrum restitutio: quam indicat Titulus De in integrum restitutionibus. Definitur autem a Valeriano & Gallieno in integrum restitutio, amissæ causæ redintegratio *l. 2. C. In quib. caus. in integr. restit. nec. non est.* Paulus *lib. 1. Sentent. tit. 15.* aliquanto plenius, Integri restitutio, inquit, est redintegrandæ rei vel causæ actio. Paulus rem distinguit a causa hoc sensu quem nobis tradidit Isidorus *lib. 5. Origin. c. 25.* verbis sequentibus. *Integri restitutio est causæ vel rei reparatio. causæ redintegratur quæ vi potestatis expleta non est. res redintegratur, quæ vi potestatis ablata atque extorta est.* Isidorus vocat rem, quæ promissa & tradita est: causam, quæ est tantum promissa, non etiam tradita. Ulpianus *l. 9. §. 3. D. Quod. met. caus.* alteram dicit rem perfectam; alteram imperfectam. Adhuc urit, quo pacto in integrum restitutio a Paulo dicatur actio: cum ipse in *l. 24. §. ult. D. de minoribus* sic scribat: *Ex hoc Edicto nulla propria actio vel cautio proficitur: totum enim hoc pendet ex Prætoris cogni-*

tione. Sed jam aliquoties monui in superioribus, actionis nomen aliquando anguste accipi, aliquando late pro quacumque actionis specie *l. 178. §. 2. D. de verb. signif.* putemus igitur, in integrum restitutionem a Paulo latiore significatione dici actionem; siue fiat data a Prætoze actione & Judice, siue ipsius Prætoris cognitione & decreto. Sed hoc ex sequentibus apparebit.

Dixi, quid in Titulo sonet in integrum restitutio. porro ejus causas quæram, æquitatem summam indicaturas. Igitur ait Ulpianus *l. 1. h. t.* utilitatem hujus Tituli non egere commendatione: ipsum enim se ostendere. & præfatur: quod sub hoc Titulo plurifariam Prætor subvenit hominibus Juris subtilitate vel lapsis vel circumscriptis adversus æquitatem naturalem. Nimirum Julianus causas omnes in integrum restitutionis in Edicto Perpetuo fuit sub uno complexus Titulo. erant enim brevia Edicti capita; etsi res in infinitum abiit interpretatione Prudentum; eoque necesse eis fuit, in plures Titulos dividere, quæ ante uno continebantur: quod & in Pandectis factum. Debetur igitur Titulus, *De in integrum restitutionibus*, Edicto Perpetuo. ac putavit Ulpianus, e re esse, (quod & fecit libro *xi i.* Titulo *1. De rebus creditis*) antequam ad singula veniret Capita, quædam

quam ad Titulum generaliter præfari. quæ qualia fuerint, pleraque ignoramus: cum ex his tantum habeamus ejus *l. 1. §. 1. & l. 6. h. t.* dicam igitur, quod ex eo & aliis licet. In *d. l. 1.* ait Ulpianus, a Prætoris in integrum restitutionem indulgeri vel lapsis vel circumscriptis metu, calliditate, ætate, absentia: additque Paulus in *l. 2.* (quæ est ex *d. tit. 15. lib. 1. Sentent.*) status mutationem, & justum errorem, uterque omnes causas exposuit lib. XI. & XII. Ad Edictum: ut intelligitur ex Inscriptionibus legum hujus libri, tantum in eo desideratur justus error: ex eo translatus a Triboniano ad librum XXVI. sub Titulo, *Quod falso tutore auctore gestum esse dicetur*: sub quo in *l. 1. §. 1. & 6.* extant Edicti verba & fit in his mentio restitutionis in integrum propter ignorantiam, etiam liquet ex Inscriptionibus legum, ibi Ulpiani & Pauli lib. XII. Ad Edictum præferentibus, eum Titulum in Edicto Perpetuo fuisse hujus Tituli partem, quamquam, præter hoc exemplum, est in §. 33. *Inst. de actionibus* adhuc aliud exemplum in integrum restitutionis ob errorem, quod quo referam, nescio: nisi quis velit, pertinere ad clausulam, *Item si qua alia mihi iusta causa esse videbitur*: quæ clausula est Edicti sub Titulo VI. hujus libri. Sed de hoc deliberent peritiores.

Vidimus causas permittendæ in integrum restitutionis. videamus formam. de hac ita Modestinus *l. 3. h. t.* *Omnes in integrum restitutiones causa cognita a Prætoris promittuntur.* Modestini sensus est, quod Prætor voluit, omnes in integrum restitutiones a se peti; nullam a Magistratu municipali, nam (ut Paulus ait *l. 105. D. de regul. jur.*) ubicumque causæ cognitio est, ibi Prætor desideratur, id est, (ut *lib. 1. De jurisd. & imp.* ostendi) ibi non sufficit Magistratus municipalis. scilicet, quia cognitio est mixti imperii, & exercenda pro tribunali: quod est Prætoris, Magistratus municipalis non est, atque ita Paulus *l. 26. pr. & §. 1. D. Ad municipal.* Inde dubitatum fuit ab Eruditissimis Interpretibus: si Prætor mandet jurisdictionem: an in mandatarium transeat in integrum restitutio? Jacobus Cujacius ad *l. 3. h. t.* putat, eam quidem transire ex Edicti partibus ex quibus propriæ dantur actiones: at ex tertia Edicti parte ex qua minoribus subvenitur, non transire. Sed mihi non placet Cujacii sententia: reputanti, omnes in integrum restitutiones Prætori competere jure Magistratus: talia vero ab illo posse mandari, & mandata jurisdictione in mandatarium transire, suo loco demonstratum est. Atqui minoris restitutio Prætoriam cognitionem desiderat. Sit ita: sed is cui mandata jurisdictio est, Prætoris repræsentat: fungens vice ejus qui mandavit, non sua. Nec hoc mutavit Justinianus *l. ult. C. Ubi & apud quem in integr. rest.*

Promittit igitur Prætor, omnes in integrum restitutiones causa cognita. estque hinc consequens; ne aliter indulgeantur, quam pro tribunali, & advocato adversario: certo jure, quod quæcumque causæ cognitionem desiderant, ea per libellum, id est, de plano, atque absente adversario, fieri nequeunt. fuit hoc Prætoris dignum, si audimus Modestinum, *d. l. 3. Scilicet, ut justitiam earum causarum examinet, an vera sint, quarum nomine singulis subvenit.* Sic habent omnes editiones. Sed Gulielmus Fornerius *lib. 2. Select. c. 24.* legit, *& an vera sint.* quomodo etiam conjicit P. Faber ad *l. 183. D. de reg. jur.* Mea sententia, abundant posteriora verba, *an vera sint*, idem sonantia, quod priora, *Ut*

justitiam earum causarum examinet: nam verum est, æquum; ut sæpe. nec est insolens nostris, bis idem dicere. indicavi id aliquot exemplis *lib. 3. Probabil. c. 10.* Nec me fugit, Prætoris in minorum restitutione æque de facto, ac de jure cognoscere. Sed non minus scio, quod ob metum, dolum, absentiam, petita in integrum restitutione, Prætor cognoscit de justitia causæ; judex ab eo datus de facto, ut passim fieri, dudum demonstravi *lib. 1. De jurisd. & imp. c. 8.* atque hac ratione assentiar quidem Radulpho Fornerio *lib. 1. Rer. quotid. c. 19.* in *d. l. 3.* verum a justo seu æquo separanti.

Non minus vertitur in causæ cognitione; ne quid Prætor facile mutet ex solemnibus; id est, ex ordine juris; & tamen, ubi æquitas evidens poscit, subveniat læso Juris subtilitate. Casus elegans *l. 7. h. t.* Aliquis in jure citatus voce præconis, non respondit. ob hoc more judiciorum pronuntiatum a Prætoris est, contumacem videri. ille confestim adiit Prætoris adhuc sedentem pro tribunali: petens in integrum restitui; quod dicit, se defuisse nulla sua culpa, sed parum audita voce præconis. an recte? hærebat Marcius Avitus Prætor: quod, e re publica esse existimaret, nihil mutari ex solemnibus. contra urgebat æquitas petentis in integrum restitutionem ob justam causam, & quidem confestim, Prætoris adhuc sedente pro tribunali. igitur consultus a Prætoris Princeps, pro sua benignitate æquitatem præferens rigori juris, permisit, in integrum restitui eum, qui non sua culpa, seu contumacia, defuisset; sed quod vocem præconis parum audivisset. Simile occurrit in §. 1. *d. l. 7.* proponitur ibi aliquis sine sua culpa abfuisse fraude advertarii. quæritur, utrum danda læso sit actio de dolo, an in integrum restitutio. hoc mavult Marcellus: præfatus, quod ut possit locum habere actio de dolo; tamen est boni Prætoris, potius restituere litem, ut ratio & æquitas postulat, quam actionem famosam constituere: atque eo magis, quia ad hanc tum demum est descendendum; cum alii remedio locus esse non potest.

Æque pulchra est sequens observatio; (quam quorundam fuisse, ait Callistratus *l. 4. D. h. t.*) ne is qui in integrum restitui postulat, audiatur: propter satis minimam rem vel summam; quamquam non semper; sed si majori rei aut summæ præjudicetur. nam (ut egregie Paulus *l. 54. D. de judiciis*) non oportet majori cognitioni per minorem causam fieri præjudicium. major enim quæstio minorem causam ad se trahit. Similis æquitas adhibetur: si famosa actio sit de dolo malo, nam ne hæc quidem, si sit modica summa, id est, usque ad duos aureos, debet dari *l. 9. §. ult. & l. 10. D. de dolo malo.*

Præter hæc ait Paulus *lib. 1. Sentent. tit. 15. §. 1.* in causæ cognitione verti; ne in integrum restitutio plus, quam semel, decernatur. Nisi (hoc enim addendum) nova allegetur causa. tum enim aliud dici placet *tot. tit. C. Sapius in integr. rest.*

Est & illa inspectio, utrum læso tantum subveniatur, an etiam ejus heredibus, cæterisque successoribus. & spectat huc elegans Ulpiani locus *l. 6. D. h. t.*

Ne illa quidem quæstio ab hoc Titulo fuerit aliena; ubi petenda sit in integrum restitutio? placet vero Diocletiano & Maximiano *l. 2. C. Ubi & apud quem cogn. in integr. rest.* peti in loco domicilii rei. & recte: si restituenda sit in personam actio. at si in rem actio sit: nil vetat, eam vel in

loco rei sitæ postulari *l. 2. C. Ubi in rem actio.*

Non minus potuit sub hoc Titulo cogitari de tempore petendæ in integrum restitutionis. Id in omnibus Edicti partibus olim fuit annus utilis. Sed hunc in quibusdam mutavit Constantinus. nam in actione de dolo pro anno utili substituit biennium continuum *l. unic. Cod. Theod. de dolo malo.* at minoribus in *l. 2. Cod. Theod. de temp. in integr. rest.* post annum quintum & vigesimum pro locorum differentiis ea in lege expressis, vel quinquennium indulgit, vel quadriennium, vel triennium. Sed Imp. Justiniano *l. ult. C. de tempor. in integr. rest.* placuit, minoribus unum definire tempus quadriennii continui: sublatis locorum & temporis differentiis. idemque posuit majoribus: separata a republica supervacua utilis anni differentia. igitur abrogavit quidem Justinianus *d. l. 2.* sed non æque abrogavit *d. l. unicam;* estque, opinor, hæc idcirco inserta ejus Codici: cui illa inserta non est, quare consequens est; ut tempus petendæ actionis de dolo malo adhuc biennium sit ex præscripto *d. l. ult. C. de dolo malo.* Sic plane censeo; & nili intercedat quis doctior; addo, in *d. l. unica Cod. Theod. de dolo malo* pro, *intra continuum tempus anni,* esse scribendum, *intra continuum tempus biennii.* Huc me ducit *d. l. ult. C. eod. tit.* quæ est descripta ex *d. l. unica,* & habet, *intra continuum biennium.* nec occurrit, cur putem, aliquid mutasse Tribonianum. imo Constantinus æque in fine *d. l. unica* atque in fine *d. l. ultima* ita loquitur, *Omnes igitur sciant, neque incipiende post biennium, neque ante completum biennium cæpta, post bien-*

nium finiende doli actionis concessam licentiam. Manifesto indicio, tam initio *d. l. unica,* quam in initio *d. l. ultima,* ab illo factam esse biennii mentionem.

Superest restitutionis effectus. est autem egregius, quem attingit Paulus *l. 5. h. t.* his verbis: *Non videtur exclusus quem Prætor pollicetur in integrum restituere.* Paulus vult, quod si quis juris subtilitate amisit actionem aut rem; is eam non habet jure civili. nihilominus est fictione juris Prætorii perinde habendus, ac si eam non amisisset: quia Prætor eum restituet eo loco in quo fuit, antequam ejus amittendæ causa intervenisset. ita videtur rem demum amisisse is qui adversus nullum habet ejus persequendæ actionem *l. 14. §. 1. D. de verb. sign.* at qui habet actionem ad rem recuperandam, (qualis est is qui potest petere in integrum restitutionem: nam & hæc est actio, ut supra dictum) ipsam rem habere videtur *l. 15. D. de regul. jur.* id est, prætoriam æstimatione eam habere intelligitur.

Est & hoc consequens Prætoriam æquitati: ut, cum læsum in integrum restituit, omnia redintegret: id est, ita ut unusquisque quem ea res contingit, integrum jus recipiat: ut in sequentibus Titulis suis exemplis ostendetur. Interim huc spectat *l. unic. C. de reput. qua fiunt. in judic. in integr. rest.*

Postremo est effectus postulatae restitutionis in integrum: ne quid novi fiat, donec res finiatur. ita curabit is ad cujus partes ea res pertinet, ut omnia interim in suo statu maneant. *l. unic. C. In integr. rest. post. ne quid nov. fiat.*

TITULUS II.

Quod metus causa gestum erit.

PRIMA causa petendæ in integrum restitutionis est vis ac metus, ipsa satis justa. certe placet hoc Senecæ *lib. 4. Controv. 26. Lex vim passo succurrit, & iniquum illi videtur, id ratum esse, quod aliquis non quia voluit, pactus est; sed quia coactus est.* Auctor Edicti, Veteres sub hoc Titulo occupantis, videtur esse Cassius, eo nomine laudatus ab Ulpiano *l. 4. §. 33. D. de dol. mal. & met. except.* Capita autem ejus Edicti hoc Titulo duo exponuntur. prioris verba in *l. 1. h. t.* talia prodit Ulpianus: *Quod metus causa gestum erit ratum non habeo.* Nec tamen omittendum credidit, quod ab Edicti auctore olim sic edicebatur, *Quod vi metusve causa:* & fiebat vis mentio, propter necessitatem impositam contrariam voluntati. metus autem, propter instantis vel futuri periculi causa mentis trepidationem. adeo vis est majoris rei impetus qui repelli non potest *l. 2. h. t.* eaque refertur ad corpus. metus est majoris timor malitatis, magisque ad animum pertinet. itaque Fronto, vetus Grammaticus, inter *Auct. ling. Lat. pag. 1331. Metus,* inquit, *motus animi est.* Electionem certe habet, si finem spectes *l. 21. §. 5. h. t.* sin ad initia advertas; habet necessitatem voluntati adversam. vidit Ulpianus *l. 116. D. de reg. jur.* & ante Seneca *lib. 2. De benefic. c. 18.* sic scribens. *Cum eligendum dico, cui debeas, vim majorem & metum excipio; quibus adhibitis electio petit.* Olim igitur ita edicebatur, *Quod vi metusve causa:* sed postea, inquit Ulpianus *d. l. 1.* detracta est vis mentio,

forte a Juliano in compositione Edicti Perpetui. & addit Ulpianus detrahendi causam, *Quia quodcumque vi atroce fit, id metu quoque fieri videatur.* Atqui potest vis corpori fieri, ut animo non inferatur metus. Ciceronem audi, *Pro Cæcina c. 15.* sic ait: *Sancii saepe homines, cum corpore debilitantur, animo tamen non cedunt.* Quid igitur est? aut accipienda Ulpiani verba accommodate ad mentem Prætoris, hoc Edicto fere emendantis vim qua quis compulsus aliquid fecerit *l. 3. h. t.* quæ vis sine metu intelligi nequit: aut est Hysterologia, sic explicanda, quasi esset ab Ulpiano scriptum: *Quia quodcumque metu fit, id quoque vi atroce fieri videtur.* Hoc enim intendit Ulpianus: & sic optime sequitur in *d. l. 3.* conjungenda cum *d. l. 1.* *Continet igitur hac clausula & vim & metum.* id est, tam vim, quam metum. ita prorsus, ut hic nihil intersit inter vim & metum. cæterum Ulpianus *d. l. 3. §. 1.* Vim, inquit, atrocem accipimus, & eam quæ adversus bonos mores fit: non eam quam Magistratus recte intulit, scilicet jure licito, & jure honoris quem sustinet. nam ea civili interpretatione non habetur vis. quod si per injuriam quid fecit Populi Romani Magistratus, vel provinciæ Præses; scribit Pomponius, hoc Edictum, locum habere: Si forte mortis, aut verberum, terrore pecuniam alicui extorserit. Aliud exemplum est in *l. ult. §. ult. h. t.* Sempronius a Titio pecuniam quasi sibi debitam, quæ non erat debita, Gajo delegavit. Gajus, cum

ei non solveretur pecunia, a Præfide petit viatorem nominatum vice arbitri: per quem eam Titio auferat. Præses, dato apparitore, Titium quod non debebat, extra ordinem coëgit solvere sine notione Judicis. placet Ulpiano inciviliter extorta restitui ab eo qui rei damnum præstiterit. *Inciviliter* est, non convenienter juri & ordini civitatis: ut in §. 2. d. l. 1. & l. 2. & l. 3. De de extraord. cognit. & in sequente Apuleji loco ex lib. 10. *Metamorph.* Utrite & more majorum judicio reddito & utrimque secus allegationibus examinatis civiliter sententia promeretur; ne ad instar barbarica feritatis vel tyrannica impotentia damnaretur aliquis inauditus. Igitur pecunia inciviliter extorta, Ulpiano est pecunia adversus formam juris & morem civitatis extorta. Præses enim, servato jure & ordine, debebat judicem, arbitrumve dare. viatorem vice arbitri dare non debebat: nisi raro & re urgente l. ult. D. de judic. quia viator (ut bene Brissolius lib. 4. Select. antiq. c. 2.) spectat ad executionem extraordinariam: ut, si (quod observat Cujacius lib. 16. Observ. c. 19.) debitor fugiens, secum auferat pecuniam debitam: creditori sua fuga inane facturum ordinem juris. Igitur, quia in proposito extorta inciviliter est indebita pecunia: jubebit Judex, illam restitui ab eo qui rei damnum præstiterit. Sic: si indebita sit pecunia. non idem est: si sit debita. fac: (qui est posterior casus d. l. ult. §. ult.) Titius Sempronio debebat centum. Præses, nullo dato Judice, extra ordinem jussit, Titium solvere quod debebat. paret Titius simplici Præsidis jussui; & quod debebat, solvi. an potest solutum per hoc Edictum repetere? negat Ulpianus: & recte. etsi enim non oportuit exactiorem fieri extra ordinem; sed civiliter, id est, ut dicitur in l. 7. C. de sententiis, secundum juris rationem causa cognita: tamen solutum revocare, incivile est; id est, ut dictum, contra juris formam est: nempe, quia nihil debitori abest.

Non sufficit, metum esse alicui factum adversus bonos mores. hoc plus oportet, non esse qualem qualem. nam ut simpliciter dicat Prætor, *Quod metus causa gestum erit*, & non distinguat: tamen rationis est, (quod ait Labeo apud Ulpianum l. 5. h. t.) metum accipiendum, non quemlibet timorem; sed majoris malitatis. Sic legitur Florentiæ; & probarunt dudum complures, nuper etiam Vir Doctissimus, D. Dukerus, Notis ad lib. De Latin. Vet. Jurisc. p. 325. & seq. Gagus l. 6. h. t. metum, inquit, non vani hominis, sed qui merito cadat in hominem constantissimum, ad hoc Edictum pertinere. proinde si quis meticulosus rem nullam, id est, nullius momenti, frustra metuerit, ait Ulpianus, eum per hoc Edictum non restitui: & hanc adfert rationem: Quoniam neque vi, neque metus causa factum est l. 7. h. t. sensus: Quoniam non potest videri metus: nisi cum est metuendi causa, certo periculo. Igitur querentibus, an locum habeat restitutio ex hoc Edicto: una inspectio est, an sit gestum metu hominis non vani: qui metus vocatur justus l. 23. §. 1. h. t. ea vero inspectio in facto, non in jure, consistit: & ideo non potest ulla Constitutione, neque juris auctorum quaestione, decidi; quin tota est relinquenda Judicis arbitrio. Interim non desunt exempla Judici aliquod allatura lumen, si opus habeat. ita nemo dubitet, quin in hominem constantissimum possit cadere metus mortis, cruciatus corporis, ac verberum l. 7. C. h. t. & occurrunt tales casus l. 7. §. 1. &

l. 8. D. h. t. & apud Horatium lib. 1. Serm. sat. 2. vers. 39. & seqq. Ejusdem generis est metus stupri d. l. 8. §. 2. nec minus servitutis l. 4. D. h. t. aliquo forte status mei instrumenta, quibus indigeam, interversuro d. l. 8. §. 1. similes metus est carceris l. 22. D. h. t. item cujuscunque custodiæ incivilis: ut si quis privata vi athletam incluserit, vinxeritve l. 23. §. 2. D. h. t. aut, si justo metu perterritus, cognitionem ad quam ut victus iret, potens adversarius minitabatur d. l. 23. §. 1. Caterum, quæ diximus ad Edictum pertinere, hæc utrum in se quis veritus sit, an in liberis suis; nihil interest: cum pro affectu parentes magis in liberis terreantur l. 8. §. 3. D. h. t. Habes exempla metus justii. expectas quædam hominis vani. Talis est timor ejus adversus quem nihil sit illicite, & ipse metum infert sibi. ejus exemplum dat Paulus l. 21. h. t. Si, inquit, mulier contra patronum suum ingrata facta, sciens se ingratam, cum de suo statu periclitabatur, aliquid patrono dederit, vel promiserit, ne in servitutem redigatur: cessat Edictum; quia hunc metum sibi ipsa infert. Similis timor est, ne ad civilia munera nomineris l. 8. C. h. t. aut si quis dicatur motus reverentia dignitatis l. 6. C. h. t. nisi quid per potentiam extorqueatur l. ult. C. d. t. tum enim justus metus est l. 23. §. 1. D. h. t. De timore infamiæ queritur: at ne hunc quidem Edicto contineri, ait Pedius apud Ulpianum l. 7. D. eod. tit. puto, quia infamia non pendet a facto aut opinione privati hominis: sed a jure: ut in loco dictum. est igitur meticulosi hominis, & se terrentis. idem censet Ulpianus de timore alicujus vexationis d. l. 7. Similiter ajunt Diocletianus & Maximianus l. 9. C. h. t. metum non jactationibus tantum, sed atrocitate facti comprobari. ac belle Ulpianus l. 9. D. h. t. Metum, inquit, debemus accipere præsentem (etsi futuri aut imminentis periculi) non suspicionem inferendi ejus, & addit, ita Pomponium scribere lib. 28. putare enim, metum esse, si illatus est timor ab aliquo: id est, ut ego expono, non a se, sed ab alio quo: quomodo aliquid jus pro alio quo jure dicitur l. 19. D. de damn. infect. Inde tractat Pomponius apud Ulpianum d. l. 9. si fundum meum dereliquero, audito, ist est, cum audissem, quod quis cum armis veniret, an locus sit huic Edicto. & refert, Labeonem existimare, Edicto locum non esse, & Unde vi interdictum cessare: ac præfatur, Quoniam non videor vi dejectus qui non expectavi dejici, sed profugi ultro. Sic ille. sed aliter Julianus l. 33. §. 2. D. de usurpar. & usucap. verbis sequentibus. Si dominus fundi homines armatos venientes existimaverit, atque ita profugerit: quævis nemo eorum fundum ingressus fuerit. vi dejectus videtur. Verum assentior Jacobo Cujacio, pro existimaverit legenti extimaverit. quomodo etiam conjecit Russardus, Not. marg. addens, se in libro manuscripto reperisse extimaverit: unde sublata litera, a, facile fieri extimaverit. Est vero sic Juliani sensus, Si dominus fundi extimaverit homines armatos quos videbat ad se venire, atque ita profugerit, intelligitur vi dejectus, quamvis nemo eorum fundum ingressus fuerit. ita interest, utrum quis audiverit, venire armatos homines, an viderit. de eo qui audiverit venire, agit in d. l. 9. Pomponius, & Ulpianus, & Labeo: de eo qui vidit ad se venientes Julianus d. l. 33. §. 2. & Cicero Pro Cæcina.

Sed pergit in Edicto Prætor, *Quod*, inquit, *metus causa gestum erit, ratum non habeo.* Quid

proprie sit *Gestum*, indicat ex Labrone Ulpianus *l. 19. D. de verb. signif.* sed in hoc Edicto, & quibusdam aliis, *gestum* est, qualiter qualiter *gestum*, siue obligatione, siue liberatione, siue traditione. hac enim Edicto comprehendit, totus evincit Titulus. plus scribit Ulpianus *l. 9. pr. h. r.* si forte adhibita manu in meo solo per vim ædifices, quoniam metu patior id te facere, & interdictum Quod vi aut clam, & hoc Edictum locum habere. quod si per vim tibi possessionem tradidero, Pomponium dicere, Edicto locum esse, verum interdictum Unde vi cessare: quoniam non est vi dejectus, qui compulsus est in possessionem mittere. Sic Ulpianus in *l. 5. D. de vi & vi arm.* conjungenda cum *d. l. 9.* quando utraque est Ulpiani, atque elegantis Pomponium, & præterea ex eodem libro *x. 1.* Ad Edictum. Postremo notat Ulpianus *d. l. 9. §. 2.* etiam ædificii depositionem & manumissionem ad hujus Edicti restitutionem porrigi. Et tamen id sic temperandum: ne manumissio vi aut metu expressa, rescindatur: sed actio in quadruplum detur: præterquam in casu *l. 9. §. 17. D. Qui & a quib. manumiss. lib. non fiant.*

Promittit igitur Prætor, ratum a se non habiturum, quod metus causa *gestum* erit. Et (ut ait Ulpianus *l. 9. §. 1. h. r.*) animadvertendum, quod Prætor hoc Edicto generaliter & in rem loquitur. verba Ulpiani, *Generaliter & in rem*, idem valent; ut in *l. 7. §. 3. D. de pactis.* quod vero ad jus attinet, sic præclare inquit Seneca, Pater, *d. lib. 4. Controvers. 26. Neque Lex adhibenti vim irascitur. sed passio succurrit: & iniquum illi videtur, id ratum esse, quod aliquis non quia voluit pactus est, sed quia coactus est. nihil autem refert, per quem illi necesse fuit. iniquum enim quod rescinditur, facit fortuna ejus qui passus est, non persona facientis.* Ita est: quia Prætor generaliter improbat quod metus causa *gestum* sit; nec adjicit, a quo *gestum* sit: apparet, non personam, sed rem, notare; ac vere subijci ab Ulpiano *d. §. 1. l. 9.* id est nihil referre, a quo illatus sit metus: utrum singularis sit persona, an populus, vel curia, vel collegium, vel corpus: a quocumque enim vis facta sit, fore huic Edicto locum. Addit tamen Ulpianus, excipi a Pomponio, Nisi aliquid a te accepero, quo magis te tuerer de vi hostium, vel latronum, vel populi. atque elegantur inquit: nimirum, ut illata tibi ea in specie vis sit; tamen si ipse sim ab ea alienus; non debeo ego qui tibi profui optimo consilio, hoc Edicto teneri. imo videor potius accepisse operæ meæ mercedem, quam propter vim ac malo more.

Ait porro Prætor, *Ratum non habeo*. Hisce verbis improbat omne quod sit vi aut metu *gestum*; in primis si quid ob hoc absit vim aut metum passio. Non quidem liquet hoc Edicti verbis: sed consequens esse menti & sententiæ Prætoris, non modo ratione, sed & posteriore Edicti capite, intelligitur. Interim putemus, eum polliceri, in integrum restituere quod per causam metus juris subtilitate sit amissum. nam si, ut sonant Edicti verba, non habet ratum quod est metu *gestum*: manifestum est, quidquid sit metu *gestum*, rescindere, seu negligere, hoc est, illo habere modo, quo erat, antequam intervenit metus. erat autem tum integrum jus quod deinde per metum juris scrupulositate est sublatum. Ait igitur Prætor, *Ratum non habeo*: nec addit tempus. nullo igitur tempore habebit ratum *l. 21. §. 1. h. r.* De eo videndum, num intersit, utrum imperfecta res, id est, tantum promissa, nondum tradita sit,

an jam sit perfecta, id est, traditione consummata? Sed non puto, interesse: quia est generalis sermo, Quod metus causa *gestum* erit, ratum non habeo. fit autem dupliciter, ut res imperfecta non habeatur rata, primum exceptione Quod metus causa; si promissor metum passus conveniatur actione ex stipulatu, deinde actione Quod metus causa: nisi adversarius promissionem metu extortam, tollat per acceptilationem *l. 9. §. 3. D. h. r.* quod si res sit numeratione perfecta: potest rescindi actione Quod metus causa: et si non alias, quam si utraque & stipulatio & numeratio metu extorta sit, nam si sola extorta sit numeratio: potest quidem aliis legibus esse locus; sed actio Quod metus causa cessat: quia ut numeratio facta sit per metum: at stipulatio metus causa facta non est *l. 12. §. ult. D. h. r.* Eadem ratione si sola sit stipulatio vi aut metu extorta, traditio numeratione non sit: cessat Edictum; verum conditio ob causam turpem aut injustam nihilominus dabitur *l. 7. D. de condit. ob turp. caus.* Plane, si metum passus, malit veteri experiri actione, siue in rem, siue in personam, omitta Quod metus causa actione, ait Ulpianus *d. l. 9. §. 4.* jus esse: nam permitti in rem actionem, rescissa, id est, neglecta traditione: in personam vero, rescissa, siue neglecta, acceptilatione vel alia liberatione. Utra tamen agatur actione, non est directa: (nam illa extincta juris subtilitate numquam reviviscit) sed est utilis, id est, restitutoria, ex Prætoris æquitate recipiens veterem qualitatem quam, ut dixi, juris subtilitate amiserat, ita, utrum directa, an utili, actione agatur, nihil interest: nisi quod directa est perpetua: hæc tantum competit intra annum utilem, ut post dicetur. præterea interest, quod dominus actione directa rem suam vindicans, possessori, si quid pro ea dederit, nihil restituit *l. 3. C. de rei vindicat.* sed in actione utili non aliter metum passio fit restitutio, quam si ipse vicissim ei qui metum intulit, restituat pretium quod ab eo accepit *l. 3. §. 4. C. h. r.* idque convenienter æquitati Prætoris, fere agentis restitutione: ut unusquisque jus suum recipiat *l. 24. §. 4. D. de minorib.* Apparet igitur, laeso vi, aut metu, duplici via a Præatore subveniri: quamquam ita, ut una electa, altera pereat *d. l. 9. §. 6.* Fac: (quod est exemplum *l. 21. §. ult. h. r.*) repudiavi hereditatem coactus metu. non est dubium, quin eam amiserim jure civili. peto, restitui in integrum adversus vim, succurret mihi Prætor duplici via. priore permittet mihi quasi heredi, qui non sum heres, agere utili petitione hereditatis. posteriore via mihi permittet, si malim, agere in quadruplum actione Quod metus causa. ita patet mihi alterutra via; sed una electa, altera extinguitur.

Postremo consideremus, num etiam ipso jure infirmetur quod metus causa *gestum* sit; ideoque Prætoriam in integrum restitutio non desideretur. Scio, esse qui dubitent. sed mihi placet, distinguere, utrum sit bonæ fidei negotium in quo dicitur metus intervenisse, an stricti juris. posteriore casu puto, subtili jure subsistere, sed Prætoriam æquitate rescindi. priore casu esse nullum ipso jure; nec egere Prætoris rescissione, quasi non nata actione. possem id in præsentia demonstrare: sed non opus, quia in antecessum egi, & diligenter, *lib. sing. De forma emendandi doli mali c. ult.*

Hoc inter privatos jus fuit. at placuit Imp. Constantino *l. 2. Cod. Theod. De his que ad ministr.*

ministr. vel offic. public. gerentib. distr. sunt lib. 8. tit. 15. speciali utri severitate in pœnam Numerariorum: (de quorum voracitate in Notis ad eam legem Jacobus Gothofredus) ut si qui conquesti fuerint, ab illis extortas sibi aliquas esse venditiones: non modo eas inritas inanisque efficiant; eoque male vendita recipiant; sed ipsi quoque illi illiciti ac detestandi emptores pretii amissione puniantur. Nec hoc sine stetit Constantinus: sed quod adversus Numerarios statuit in *d. l. 2. id in l. 11. C. h. t.* longius porrexit: jubens, si per impressionem quis aliquem metuens saltem in mediocri officio cõstitutum, rei suæ in eadem provincia vel loco, ubi tale officium peragit, sub venditionis titulo fecerit cessionem: tum emptum reddi, & nihilominus pecuniam retineri: similemque servari pœnam, si qui vel conjugis vel amici nominibus abutentes, prædam tamen sibi adquirant. sed hoc & plura jam observavit Cujacius *lib. 16. Observ. c. 13.*

Sed de priore Edicti capite vel nimis. Alterum fuit conceptum in hæc verba, certe in hunc sensum. *Item quod metus causa gestum erit, de eo, si quid abest ei cui metus illatus esse dicetur, neque ei arbitrio Judicis restituatur, quanti ea res erit, intra annum quo primum experiundi potestas erit, in quadruplum, post annum in simplum, causa cognita iudicium dabo. In heredem de eo quod ad eum pervenit, actionem dabo.* Hoc Caput concinnavi præsertim ex *l. 4. C. h. t. l. 9. §. ult. l. 14. pr. §. 1. & §. 11. item l. 16. §. 2. & l. 19. D. h. t.* Hæc actio ex primis Edicti verbis vocatur actio Quod metus causa. promittitur autem a Prætorē non simpliciter, si quid metus causa gestum erit; sed si actori aliquid eo nomine ab sit: ut apparet ex *d. l. 14.* atque inde ait Ulpianus *l. 12. §. ult. h. t.* naturam metus causa actionis damnum exigere.

Datur igitur hæc actio ei cui propter metum aliquid abest. an & heredibus, cæterisque successoribus? de his nihil Prætor. sed Ulpianus *d. l. 14. §. 2.* ait, etiam his dari. & hanc adfert rationem: *Ideo autem successoribus datur, quoniam & rei habet persecutionem.* Ea vero ratio non vult, actiones mere pœnales heredibus negari: (nam aliter se res habet) sed actionem Quod metus causa comparat cum actione injuriarum, & si quæ alia similis reperiatur. tales non persequuntur rem familiarem. contra unum habent propositum vindictæ, bonis viris odiosæ. ea igitur gratia ne heredibus quidem dantur. non ita est in nostra actione. ea non pergit ad vindictam, sed ad tuendam rem familiarem pœna quadrupli. idcirco addit *d. loco* Ulpianus, eam & rei persecutionem habere: id est, esse quidem pœnalem, sed etiam persequi id quod abest. quod & traditum *l. 16. §. 1. h. t.* Datur igitur hæc actio metum passo. An & inferenti metum, si mox vicissim sit metum passus? negat Ulpianus *l. 12. §. 1. h. t.* idque clara ratione: quæ ratio est, quod cum liceat vim vi repellere, quod fecit, passus est.

Sequens locus est, adversus quem detur Quod metus causa actio. De eo vero nihil in Edicto. non enim dixit Prætor, se dare actionem adversus eum qui metum intulit: sed dixit generaliter atque infinite, Ni restituatur. visum igitur Veteribus, esse Prætoris sententiam; ut detur generaliter adversus omnem ad quem res metu extorta, vel ejus utilitas, pervenerit: licet alioquin ipse metum non intulerit. Aliquis dicet, actionem Quod metus causa esse in personam: nasci enim ex illato metu, id est, ex maleficio. Atque id

verum est *§. 31. Inst. de actionib.* sed æque verum, quod non est a Prætorē concepta in personam; ut in plerisque personalibus actionibus evenire, Justinianus notat *§. 1. Inst. de actionibus*: sed proposita est generaliter sine designatione personæ: ideoque ab Ulpiano *l. 9. §. ult. h. t.* appellatur in rem scripta; & additur, quod non personam vim facientis coërcet: sed adversus omnes vult restitui, quod metus causa gestum est. unde (quod idem observat Ulpianus *l. 14. §. 3. h. t.*) non quæritur in hac actione, utrum metum fecerit is qui convenitur, an alius. contra sufficit, eum qui agit, docere, sibi illatum esse metum, vel vim; & ex hac re eum qui convenitur, etsi crimine caret, tamen lucrum sensisse. id vero ideo, (nam hac utitur ratione quæ est optima) quod cum metus habeat in se ignorantiam: merito quis non adstringitur, ut designet, quis ei metum vel vim adhibuerit. Nec est, cur cuiquam iniquum videatur, ex alieno facto alium in quadruplum condemnari: quia ut mox subjicitur *d. §. 3. l. 14.* non statim est quadrupli actio, sed si res non restituatur. quod ejus arbitrii est. Est igitur hæc actio in personam, sed simul in rem scripta. & verum est, quod in *l. 10. h. t.* ait Gajus, Si ex facto debitoris, metum adhibentis, fidejussores acceptilatione liberati sunt; etiam adversus fidejussores agi posse; ut se reponant in obligationem. Plane de eo dubitatum fuit a Veteribus, si fidejussor creditori vim intulit, ut accepto liberetur; utrum hæc actio tantum adversus fidejussorem, an etiam in reum, competat. putabat Julianus, reum hac actione non teneri, restituere actionem acceptilatione sublatam se incio: sed ea fidejussorem teneri ad hoc, ut utramque actionem creditori tam contra reum, quam contra se, restituat. atque ita jus foret: si hæc actio a Prætorē esset scripta in personam. nunc contra visum est Marcello, & verius, hanc actionem creditori tam adversus reum principalem, quam adversus fidejussorem, competere: propterea quod est in rem scripta *d. l. 9. §. ult. h. t.* Interim placuit Paulo *l. 11. h. t.* si quis alius sine malitia fidejussoris, ut fidejussori accepto fieret, vim fecit: non teneri fidejussorem, ut rei quoque obligationem restituat. Atque etiam liberatus ea acceptilatione est reus. Sed hoc ad rem non pertinet: quia venit per consequentiam. principaliter interest fidejussoris, se liberatum esse. sed utrum reus liberetur, an non, fidejussoris plane non interest *l. 23. D. de pactis.*

Sed apparet, actionem Quod metus causa sic esse in personam, ut simul sit in rem scripta: ideoque dari non modo adversus eum qui metum adhibuit; sed etiam adversus eum qui cum crimine caret, utique lucrum sensit. Quamquam potest hoc dubium accipere ex *l. 5. C. h. t.* cujus hæc sunt verba. *Non interest a quo vis adhibita sit patri & patrio tuo, utrum ab emptore, an vero sciente emptore, ab alio, ut vi metuve possessionem vendere cogerentur.* In omnibus editionibus, præterquam apud Græcos, *Basilic. lib. 10. tit. 2. tom. 1. pag. 594.* extant verba, *Sciente emptore.* Sed nihil efficiunt: cum ignorante emptore, idem jus sit. idque etiam Accursius observat: ideoque tuadet, subaudiri verbum, *maxime.* Mihi sedet, verbis Libelli, a Rufo milite ad quem rescriptum est, Imp. Gorpiano oblato, propositum fuisse casum: in quo dicebatur ab emptore ipso, aut eo sciente, ab alio metus illatus esse. quod cum facti sit, ab eo non debere fieri argumentum, sæpius notavi alibi.

Proximum est : ut ostendam , ad quid , & ad quem modum detur actio Quod metus causa. Id vero intelligitur ex Prætoris verbis supra allatis. primum igitur promittitur a Prætoris actio ad hoc, ut læto quod ei abest, restituatur *l. 21. §. 2. b. t.* & quidem eo modo quo foret, si vis aut metus non intervenisset. creditumque, convenire menti Prætoris, actorem eo nomine etiam fieri securum data cautione *l. 9. §. 7. b. t.* hoc plus, eam restitutionem fieri non qualem qualem, sed plenam, id est, cum fructibus, ut traditur in *l. 38. §. 5. § 6. D. de usuris, § l. 12. b. t. juncta l. ult. §. 1. D. de verb. signif.* Datur igitur hæc actio a Prætoris, ut quod abest restituatur: sin minus, in quadruplum intra annum. Porro quærentibus, quomodo accipiatur quadruplum: ait Ulpianus *§. 1. l. 14. b. t.* quadruplari omne quodcumque restitui oportet, idque in *§. 7. d. l.* sic explicat. *Quadruplatur id, quanti ea res erit: id est, cum fructibus & omni causa.* Summa est: ut quadrupletur solum quod interest *d. l. 14. §. 14.* id est, quod abest, live damnum *l. 12. §. ult. § l. 14. b. t.* proinde si quis tradidit possessionem fundi non sui: is non quanti fundus, id est, proprietas fundi, sed quanti possessio est, ejus quadruplum, vel simplum cum fructibus consequetur. æstimatur enim quod restitui oportet, id est, quod abest. abest autem nuda possessio cum fructibus. Fingamus igitur, nihil abesse. ait Ulpianus *d. l. 12. §. ult. § l. 14.* cessare Edictum: nec opus exemplis; cum attulerit pulchra, & ultro clara. Datur igitur hæc actio in quadruplum. Hoc vero utrum totum pœna est, ut in furto manifesto; an in eo inest simplum; ut pœna tripli sit? Posterius mavult Ulpianus in *d. l. 14. §. 9. § 10.* Eoque opinor, non sine ratione dici, si in quadruplum quis egerit, finiri in rem actionem, vel contra *l. 9. §. 6. b. t.* At actio Quod metus causa cum actione furti comparatur *§. 25. § 27. Inst. de action.* Novi: sed comparatio omnis est modeste ac sobrie accipienda, ubi enim valet per omnia? quin plerumque sit secundum quid. sit igitur similitudo; quod utraque actio persequitur quadruplum. at quærentibus, quo usque, aut quo modo, in utraque petatur quadruplum, pure, an mixtim: id aliunde petendum est; cum non tractetur in *d. §. 25. § 27.* A superiore quæstione etiam pender sequens, quid juris sit: si plures metum intulerint; & unus conventus aut rem restituerit, aut quadruplum solverit? Sed jam expedita illa ex superioribus in *l. 14. §. ult. § seqq. legg. b. t.*

Datur igitur hæc actio in quadruplum: non simpliciter; sed si, quod abest, arbitrio Judicis non restituatur. sic vero apparet, clementer cum reo egisse Prætoris: nam volenti pœnam evitare dedisse restituendi facultatem *d. l. 14. §. 1.* Sic est: hæc actio, cum sit arbitraria, reo permittit licentiam, usque ad sententiam ab arbitro dictam, secundum quod supra diximus, facere restitutionem. quod si non fecerit: jure meritoque quadrupli condemnationem patietur *d. l. 14. §. 4.* Plane evenit aliquando: ut, si non restituat is cum quo agitur, arbitrium adferat absolutionem. exemplum *§. 5. d. l. 14.* si Titius adhibuit metum, me non conscio; res autem ad me pervenit; & hæc in rebus humanis non est sine dolo malo meo. quid enim potest impurari mihi? utrum quod est metus illatus tibi? atqui non fui ejus particeps. an quod res per metum extorta, tibi non restituitur? verum neque habeo eam quæ non est in rebus humanis;

neque feci dolo aut culpa, ne habeam. convenit igitur officio viri boni; ut me officio suo absolvat ab eo quod mihi impossibile est sine vitio meo. Idem est, si servus in fuga sit; & taveris officio Judicis, me si in meam potestatem pervenerit, restitutum. Sic in eo qui in bona fide est. nam in eo qui vim intulit, non est ita, *l. 1. C. b. t.* Pedius sane apud Ulpianum *d. §. 5. l. 14.* scribit, arbitrium Judicis in restituenda re tale esse: ut eum quidem qui vim admisit, jubeat restituere, etiam si res ad alium pervenit: cum autem ad quem pervenit, etiam si alius metum fecit: nam in alterius præmiū verti alienum metum non oportere. Sed quid, si homo, id est, servus, sine dolo malo & culpa ejus qui vim intulit, & condemnatus est, perit? Hæc quæstio proponitur *§. 11. d. l. 14.* ait autem Ulpianus, Si is homo moriatur intra tempora actionis judicati; id est, intratempus quod judicatis ex lege indulgetur humanitatis causa: in hoc casu ideo relaxabitur a rei condemnatione, quia propter facinus, id est, propter illatum metum, cogitur satisfacere tripli pœna. a simplo igitur, id est, a rei vindicatione excusatur humanitate legis; volentis, interim omnes cessare juris effectus, adeoque etiam moræ interpretationem: nulla jam mora propter satisfactionem pœnæ tripli. Sic: si mortuus sit homo. at si in fuga esse dicitur: ait Ulpianus, extorquendam a reo esse cautionem, quatenus eum persequatur, & omnimodo eum restituat; & nihilominus in rem, vel ad exhibendum, vel si quæ alia ei competat actio ad eum recipiendum, integra ei qui vim passus est, servabitur: ita ut si dominus eum quoquo modo receperit, is qui ex stipulatione conveniatur, exceptione tutus fiat. Hæc post condemnationem Ulpianus. si autem ante sententiam homo sine dolo malo & culpa mortuus fuerit: tenebitur, inquit; & hoc fit his Edicti verbis, *Neque ea res arbitrio Judicis restituetur.* Hisce positis mox sic infert: Ergo si in fuga sit servus sine dolo malo & culpa ejus cum quo agitur: cavendum esse per Judicem, ut eum servum persecutus reddat. Et porro subjicit: *Sed & si non culpa ab eo cum quo agitur, aberit, si tamen peritura res non fuit, si metum non adhibuisset: tenebitur reus.* Sic recte habent omnes libri: nisi quod in quibusdam est *obierit*: quomodo etiam legerrunt Græci; ut dudum observavit Johannes Leunclavius *lib. 2. Notator. c. 17.* Id fuit ideo monendum: quia sic possumus carere emendatione Jacobi Cujacii ad *h. l.* scribentis, *Sed & si culpa.* Sensus: Sed & si aberit ab eo cum quo agitur, non culpa, id est, sine culpa ejus; tenebitur: utique si res non fuisset peritura, si metum non adhibuisset: pone: quod dominus eam distraxisset, & pretium lucratus esset: ut in sequentibus ab Ulpiano dicitur. Idem Ulpianus ait, hæc observari in nostra actione, sicut in interdicto Unde vi, vel Quod vi aut clam. & recte: ut facile potest illa similitudo colligi ex *l. 1. §. 41. D. de vi & vi armat. § l. 15. §. 7. D. Quod vi aut clam.* Sed de his uberius V. CL. M. Lycklama *lib. 7. Membran. Eclog. 1.*

Datur igitur Prætor actionem Quod metus causa in quadruplum intra annum; post annum in simplum. quamquam non semper, sed causa cognita *l. 14. §. 1. b. t.* quid autem versetur in causæ cognitione, tradit Ulpianus *d. l. 14. §. 2.* Annus porro intelligendus est utilis *d. §. 2.* ut passim, & hic observat Antonius Goveanus *lib. 1. Var. lect. c. 10.*

Postremo pollicetur Prætor hanc actionem in heredem

heredem & cæteros in id quod ad eos pervenit. atque, ut Ulpianus *l. 16. §. 2. h. t.* putat, non immerito, movet illum: quod licet pœna non transeat ad heredem: attamen quod est turpiter aut scelere quæsitum, non debet ad heredis compendium pertinere. sensus Ulpiani est: quod ut heres non debet pœnam subire ex scelere, quod non ipse, sed defunctus admisit: ita non debet facere lucrum ex scelere, quod etsi non ipse, tamen defunctus admisit. & additur ab Ulpiano, ita rescriptum esse. cæterum ait Gajus *l. 19. h. t.* quod Proconsul in heredem eatenus pollicetur actionem, quatenus ad eum pervenit, intelligendum esse, ad perpetuo dandam actionem pertinere. Illud quæsitum est, *Pervenisse* quomodo accipiendum sit. & quidem videtur pervenisse ad heredem id, quod ad eum locupletior venit hereditas. sed finge, eum, quod pervenit, consumpsisse. quid dicemus, jam delinere eo nomine teneri; an sufficere, semel pervenisse? Hoc placet Paulo *l. 17. h. t.* & optime: quia quo momento pervenit, nata est actio, & perpetua *d. l. 19.* quæ non tollitur consumptione rei, sed demum modis ad tollendam actionem comparatis: inter quos non est consumptio. Eodem modo si heres mortuus sit, consumpto eo quod ad eum

pervenit ex vi aut metu alii illato a defuncto, nec interim ad secundum heredem pervenerit aliquid, ait Paulus *d. l. 17.* etiam eum heredem teneri. sufficere enim, semel pervenisse ad priorem heredem: nam actionem adversus eum natam propter id quod ad eum semel pervenit, factam esse hereditariam; ideoque tamquam jam perpetuam, recte ad ejus heredem transire. Sic, si consumpserit heres quod pervenit. quid, si naturaliter interierit? idem dicendum; propter *l. 127. D. de reg. jur.* Nec obstat *l. 18 h. t.* Non est enim accipienda de herede ejus qui vim aut metum intulerit: (nam is defunctum repræsentat: adversus quem integra fuit persecutio eorum quæ vi aut furto sint ablata, etiamsi postea interciderint *l. 1. C. h. t.*) sed de bonæ fidei possessore ad quem res per metum ablata pervenerit; si apud eum naturaliter desierit: ut in anterioribus dixi ex *l. 14. §. 5. h. t.*

Satis de actione *Quod metus causa.* Nisi addendum: quod cum ea etiam alia concurrunt judicia: in quibus actio de dolo *l. 14. §. 13. h. t.* Præterea interdictum Unde vi, & Quod vi aut clam *l. 9. d. t.* item Constitutio Divi Marci *l. 13. eod. tit.* An & furti actio? negat Ulpianus *d. l. 14. §. 12.*

T I T U L U S III.

De dolo malo.

SECUNDA causa petendæ in integrum restitutionis est calliditas. sic observat Ulpianus in *l. 1. D. de in integr. restit.* eam causam prætens Titulus vocat dolum malum. est vero vel hæc summæ æquitatis: & tamen de ea sero propositum a Prætoris fuit Edictum. nisi enim nos fallit Cicero *lib. 3. De officiis, & lib. 3. De natura Deorum*, auctor hujus Edicti fuit ejus familiaris & collega, C. Aquilius Gallus: nam hunc protulisse judicium de dolo malo, sive de dolo malo formulas, id est, actionem & exceptionem doli mali, memoriæ prodidit. quin ait, ante hunc Prætoris vix fuisse, ut dolum malus jure civili vindicaretur: excepto eo qui in tutela esset a tutore admissus: nam adversus hunc Lege Duodecim Tabularum esse cautum accusatione suspecti tutoris. refert tamen, minorum quoque circumscriptionem Lege Latoria coerceri judicio publico. præterea sine Lege corrigi dolum

judiciis, in quibus agitur ex fide bona, aut simili formula. in cæteris causis quæ erant stricti juris si admissus esse diceretur dolum malus, is negligebatur jure civili, nisi is qui læsus esset, dolum malum abesse abfuturumque esse, stipulatus esset, sic enim habebat actionem ex stipulatu ad id quod ejus interesset, dolum malum non intervenisse. Optimo igitur jure visa est Ulpiano *l. 1. h. t.* laudanda Prætoris humanitas: Edicto adversus varios & dolosos qui aliis offuerunt calliditate quadam subvenientis: ne vel illis malitia sua sit lucrosa, vel istis simplicitas damnosa. Sed hæc cæteraque ad intellectum hujus Edicti pertinentia, nuper ex professo tractavi singulari libro *De forma emendandi doli mali in contrahendis negotiis admissi*: ideoque nunc contentus ero, indicasse locum, unde peti interpretatio possit.

T I T U L U S IV.

De minoribus.

SEQUITUR tertia causa petendæ in integrum restitutionis, ætas: de qua sic Prætor. *Quod cum minore quam viginti quinque annis natu gestum esse dicetur, uti quæque res erit, animadvertam.* Hæc verba exhibet Ulpianus *l. 1. §. 1. h. t.* Prætor tamen & de tempore petendæ in integrum restitutionis edixit. id tempus fuit annus utilis, numerandus ex quo major factus sit: ut docet Justinianus *l. ult. C. de tempor. in integr. rest.* Hoc Edictum. Quæ ratio? accipe ab Ulpiano *l. 1. h. t.* verba. *Hoc Edictum Prætor naturalem æquitatem secutus proposuit: quo tutelam minorum suscepit. nam cum inter omnes constet, fragile esse & infirmum hujusmodi ætatis consilium, & multis captionibus suppositum, multorum insidiis expositum: auxilium eis Prætor hoc Edicto proposuit, & adversus captiones opitulationem.* Ulpianus cum ait, Prætoris in hoc Edicto esse sequutum æquitatem naturalem: sine dubio intelligit eam quæ excedit modum Legis Latoris: (teste Cicero, *De Offic. lib. 3.*) succurrentis minoribus circumscriptis: cum Prætor

succurrat lapsis fragilitate consilii. recte igitur Ulpianus hanc æquitatem non civilem, sed naturalem, vocat: quod similibus exemplis illustravi, *lib. Ad Edictum de pact. & transact. c. 1. ad fin.*

Ait igitur Prætor, *Quod cum minore quam viginti quinque annis natu gestum erit.* Et apparet, eum polliceri opem minoribus viginti quinque annis; non majoribus: atque, ut Ulpiano videtur *d. l. 1. §. 2.* optima ratione. ea ratio est, quod post hoc tempus compleri virilem vigorem constat. Ita judicavit Lex Latoria (quod dudum animadvertit Brillonius *lib. 3. Select. antiq. c. 2.*) ejusque Legis exemplum arripuit Prætor. Sed in primis notandum: quod in *§. 3. d. l. 1.* mox subjicit Ulpianus, *Et ideo hodie in hanc usque ætatem adolescentes curatorum auxilio reguntur; nec ante rei sua administratio eis committi debet, quamvis bene rem suam gerentibus.* Id ut intelligatur; sciendum est, quod Lex Duodecim Tabularum cum infirmæ ætati prospexit; tantum pupillis dedit tutores, hisce pubertas adferebat finem. inde pupilli dicebantur venire in suam

tutelam: nec eis dabatur curator, etsi minoribus. quod ne opus quidem putabatur, ob paupertatem seculi: quo integri erant adolescentium mores, & honesta habebatur parcimonia. postea crescentibus publicis privatisque opibus, invaluit luxuria; periere mores boni. ea propter (quod res suadebat) restituendæ disciplinæ lata est Lex Lætoria: quæ præcepit, curatores dari adolescentibus lascivis, aut dementibus. inde si quis a Prætorē postularē, alicui dari curatorem: is debebat ejus lasciviam aut dementiam probare. alioquin Lex non sinebat dari curatorem. id jus perduravit usque ad D. Marcum: qui primus cavuit, ut deinceps omnes adulti curatores acciperent, non redditis causis. testis Capitolinus, in *vita Marci Antonini* c. x, his verbis. *De curatoribus vero, cum ante non nisi ex Lege Lætoria vel propter lasciviam vel propter dementiam darentur, ita statuit, ut omnes adulti curatores acciperent, non redditis causis.* Unde apparet, *Hodie* apud Ulpianum d. §. 3. (nam huc redeo) sonare, *Hodie* post Divum Marcum: & esse sensum: quia D. Marci Constitutione omnibus adultis dantur curatores: ideo eos hodie usque ad legitimam ætatem regi curatorum auxilio; nec his ante liberari, quamvis rem suam bene gerant. Illud quæritur in l. 2. h. t. an non per liberos suos rem suam maturius a curatoribus recipiant: eo quod Legibus (id est, Lege Julia & Papia, quam indicat loci Inscriptio) cavetur; ut singuli anni per singulos liberos remittantur. Sed negat Ulpianus: causatus, *Quod Legibus cavetur, ut singuli anni per singulos liberos remittantur, ad honores pertinere, Divus Severus ait, non ad rem suam recipiendam.* Hoc igitur quia in honoribus singulari jure placuit ex interpretatione D. Seyeri: ait Ulpianus, in proposito ad consequentias trahendum non esse.

Sit ita, dicat aliquis, quamdiu non intervenit aliquod Consulium, Præsidumve, decretum, minori ætatis veniam indulgentium. at quid, si hoc intervenit? nil mutat Ulpianus l. 3. h. t. imo ait, Severum & Antoninum id jus sibi reservasse, ipsosque minoribus perraro rerum suarum administrationem extra ordinem indulsisse: & hujusmodi Consulium decreta esse quasi ambitiosa interpretatos: hoc est, ut Rævardus lib. 5. Var. c. 6. explicat, contra jus & æquum in alicujus favorem interposita. Fornerius lib. 1. Select. c. 17. ait, gratiosa, quæ causa vacant & colore quæsito sunt conflata. Ut ut erit: non potest Magistratus, Consul, verbi gratia, quia legibus servire eum oportet, minoribus dare veniam ætatis. soli id jus est Principi, legibus soluto. is quoque hanc non aliis dat, utique post formam a Constantino positam l. 2. pr. §. 1. C. de his qui ven. atat. quam masculis vicessimum, fœminis octavum & decimum, annum egressis; ac ne tum quidem, nisi probaverint se aptos & frugi masculi præsentēs, fœminæ per procuratorem. Est porro effectus impetratæ ætatis veniæ: ut minor deinde pro majore habeatur: & a curatore sua bona recipiat: Huc it Paulus l. 21. D. de verb. sign. quæ est ex libro ejus xi. Ad Edictum, in quo occasione hujus Edicti, etiam egit de venia ætatis, minori a Principe concedi solita, verba Pauli: *Princeps bona concedendo videtur etiam obligationes cedere.* Paulus (ut ostendi lib. De pactis & transact. c. 20.) vult, quod Princeps, concessa ætatis venia, minori concedit bona: id est, jus bona sua administrandi; nec minus obligationes, id est, jus se obligandi. Sic fuit usque ad Constan-

tinum. is in d. l. 2. §. 1. hoc mutavit in fœminis: jubens, eas habere jus omne quod habent mares; modo ne prædia alienent sine decreto. Justinianus l. 3. C. de his qui ven. atat. hoc amplius statuit de hypotheca: & quod ille in fœminis, ipse in maribus quoque, observari jussit. Est igitur jus impetratæ ætatis veniæ; ut minores pro majoribus habeantur; eoque careant in integrum restitutione: ne quis principali auctoritate circumscriptus intelligatur l. 1. C. d. t.

Sed apparet, Prætorē subvenire minori viginti quinque annis. Restat, unde eum æstimemus: utrum ex negotii fine, an ex initio. Ulpianus l. 3. §. 1. & 2. h. t. eam quæstionem exequitur tribus exemplis: quæ, ut merentur, ordine explicabo. Primum tale est: Minor vendidit. major implevit venditionem. sentit, se læsum. an potest restitui? quæstio in eo vertitur, utrum initium spectemus, an finem? hoc mavult Ulpianus d. §. 1: præfatus, quod major implendo contractum eum approbavit: & est constitutum, si minor contrahit, major ratum habet: perinde esse, ac si major contraxisset; eoque cessare Edictum. Inde quæsitum fuit, (quod est secundum exemplum d. §. 1.) si minor annis viginti quinque, forte agens annos viginti quatuor, judicium tutelæ heredi tutoris dictaverit; isque absolutus sit, illo effecto jam majore viginti quinque annis: an ei sit in integrum restitutio adversus rem judicatam? ait Ulpianus, Celsum a Flavio Respecto Prætorē consultum, existimasse, non facile in integrum restitui, id est, non oportere in integrum restitui, hunc quondam minorem, cum lis inchoaretur contestatione: si non æque fuit minor, cum lis sententia finiretur. opinor; quia restitutio minori non datur, nisi læso. fuit autem læsus; non cum dictaret judicium; sed cum acciperet sententiam. tum vero erat major: cui Prætor adversus rem judicatam non concedit in integrum restitutionem: etsi minori læso adversus eam non deneget. Utrumque clare Alexander, si prudenter accipiat l. 1. C. Si adversus rem judic. in qua Antonius Faber, Rationalib. ad d. l. 3. §. 1. pro, tempore judicii, legit, tempore judicati: nulla necessitate. nam tempus judicii esse, tempus sententia, ex sequentibus ejusdem loci intelligitur: & judicium aliquando pro sententia dici, compluribus exemplis ostendi, De senor. & usur. lib. 3. c. 15. Est autem hoc in primis verum; si judicatum moram acceperit nullo adversarii dolo. is si intervenierit; scribit Ulpianus. Celsus igitur Respecto suavit, non facile hunc quondam minorem in integrum restitui: sed si ei probaretur, calliditate adversarii id actum, ut majore eo facto liberaretur. neque enim extremo (inquit) judicii die videtur solum deceptus hic minor, sed totum obstructum: ut majore eo facto liberaretur. Obscura sunt Ulpiani verba, Goveanus etiam corrupta putat, lib. 1. Var. lect. c. 12. Primum ait, Ulpianum Sed si dixisse pro Nisi. Ego malim esse orationem, membro defectam, Anantapodoton appellant. non laudo. interim apud Veteres aliquando occurrit. ipse duo annotavi exempla, lib. De pact. & transact. c. 22. plura dedere ibi adducti a me Gulielmus Budæus, & Franciscus Duarenus, viri eruditissimi. Deinde legit Goveanus, Sed toto hoc structum: idque exponit, Toto judicio id actum & cogitatum. Sed ego Goveani emendatione non utor: satis justo sensu receptæ lectionis; Neque enim extremo (inquit) judicii die videtur solum deceptus hic minor: sed totum obstructum (judicium), ut majore eo facto liberaretur judicium obstructum Ulpiano est clausum, impeditum

ditum, ut in hoc Juliani lib. 24. c. 7. *Forſitan & auxilia acceſſura, & vias quæ tunc pateant, obſtructum iri.* Nec alio lenſu Ovidius lib. 8. *Metamorph. fab. 1.*

Obſtruximus urbem

Terrarum nobis, ut Crete ſola pateret.

Eodem modo Tertullianus *Apologetico c. 4. Legum*, inquit, *obſtruitur auctoritas.* Et c. 1. ibidem, *Obſtruit defenſioni.* Non minus obſcurum eſt exemplum tertium, ipſum in §. 2. d. l. 3. hunc in modum propoſitum. Minor annis viginti quinque miſcuerat ſe paternæ hereditati; majorque factus aliquid exequerat a debitoribus paternis. mox petebat reſtitui in integrum, quo magis abſtineret paterna hereditate. contradicebatur ei, quaſi maior factus comprobaffet quod minori ſibi placuit. Quid Ulpianus? putavimus tamen, inquit, reſtituendum in integrum, inſpecto initio. Atqui oportet inſpici ſinem. nam minor, ſi ſe immiſcuit patris hereditati, & maior factus aliquid exigit a paternis debitoribus, (quod non poteſt facere citra nomen & jus heredis) æque vult heres patris haberi ejus debiti exactione, atque id minor voluit immixtione. quod ſi eſt: quid ni videtur jam major, debitum hereditarium exigens, immixtione quam minor fecit, approbare? certe qua fronte poteſt Ulpianus jam majori indulgere reſtitutionem, inſpecto initio: cum oporteat eam negari: inſpectio ſine? Induxi tenebras. porro latem faciam. ſic vero una erit deliberatio: an potuerit a majore effecto hereditarium debitum alio exigi conſilio, quam retinendæ hereditatis a minore immixtione adquiſitæ. Et puto, potuiſſe. quid enim, ſi deliberanti de petenda in integrum reſtitutione ob ætatem aliquis fuerit metus; ne quid de hereditate decedat, ceſſante adminiſtratione; idque ejus negligentiz imputetur? potuiſſe hoc metu, non eſt quod negetur. proinde quod potuit fieri, id factum eſſe, humaniſſime exiſtimavit Ulpianus. & ipſe probo: ratas, in dubiis benigniorem ſequi ſententiam, non minus juſtius eſſe, quam tutius l. 56. §. 1. 192. §. 1. *D. de regul. juris.* Expoſui d. l. 3. §. 1. & 2.

Sequitur in §. 3. alia dubitatio, utrum minor ſit, an major. Nimirum aliquis petit, ſe reſtitui: quia dicit, ſe læſum eſſe lubrico minoris ætatis. adverſarius negat, eſſe minorem: quod dicit, jam cœpiſſe poſtremum diem anni viginti quinti. utrum placet, majorem eſſe ob inchoatum diem ultimum: an minorem ob nondum finitum? hoc viſum Ulpiano: cauſanti, tempus numerari a momento in momentum: id eſt, (ut Goveanus lib. 1. *Var. lect. c. x.* interpretatur) ab hora ad horam. Jus certum. ratio quaeritur: præſertim, quia aliter obſervatur in l. 6. *D. de uſurp. & uſucap.* quam ad hoc Ediſtum pertinere, bene animadvertit Jacobus Labittus, *Primo Indic. uſu*: cum ſit ex Ulpiani lib. xi. Ad Ediſtum. Sed neſcio, an interſit: utrum quod civiliter æſtimetur, an naturaliter. hoc ſit in propoſito Ediſto: in quo Prætor ſequi naturalem æquitatem, Ulpianus docuit l. 1. h. r. illud ſit in uſucapione: quam a Jure Civili, id eſt, Lege Duodecim Tabularum formam accepiſſe, Juſtinianus auctor eſt *pr. Inſt. de uſucapion.* Idemque l. 5. *D. Qui teſtam. fac. poſſ.* obſervatur in teſtamento: cujus forma ſimiliter a Lege Duodecim Tabularum, id eſt, a Jure Civili proficiſcitur.

Revertamur ad Ulpianum d. l. 3. §. 3. eſt ibi in verſo. Proinde caſus alius non minus dignus notatu. Proponitur aliquis natus die biſſexto: id eſt,

die intercalari: ſed poſteriore, dies ille vocatur biſſextus; quia ubi intercalabatur dies, quod ſit quarto quoquo anno, in faſtis bis ponitur ſextus Kalend. Martii: qua de re Iſidorus lib. 6. *Origin. c. 17. p. 967.* Cenſorinus *De die natali c. 20.* & Macrobius lib. 1. *Saturn. c. 12.* Natus igitur quis eſt die biſſexto, ſed poſteriore. deinde anno ætatis ſuæ vigefimo quinto ipſo natali die, id eſt, ſexto Kalendas Martii, eadem hora qua natus, aliquid cum eo eſt geſtū. læſus petit reſtitui. an poteſt? quaſtio eſt; an, quia eſt natus intercalari die, ſit tranſeundum ad ſequentem diem? ſed ait Ulpianus, (quod & confirmatur l. 98. *D. de verb. ſign.*) utrumque diem biſſextum pro uno die haberi: adeo nihil referre; utrum ſit priore die, an poſteriore, natus; nec fieri tranſitum ad ſequentem.

Incurrit hic & alia quaſtio, utrum ſolis patribus familiarum, an etiam filiis familiarum ſuccurri debeat? hanc quaſtionem multis tractat Ulpianus in d. l. 3. §. 4. & ſeqq. ego paucis agam. Si Ediſti verba conſideremus: late patent. verum movet dubitationem: quod ſi quis dixerit, etiam filioſ familias in re peculiari ſubveniendum: poſſit metus eſſe, ne per eum etiam majori ſubveniat, id eſt, patri ejus: idcirco quod contrahens cum filioſ familias, duos habet obligatos: id eſt, patrem de peculio jure Prætorio, & filium familias jure civili in ſolidum. jam ſi filioſ familias obligatione liberatur; tam videtur pater liberari, quam filius l. 43. *D. de ſolition.* quod nequaquam fuit Prætori propoſitum. Prætor enim minoribus auxilium promittit, non majoribus. Tenes dubitationem. Quid Ulpianus? putat, patrem quidem, ſi conveniatur ex contractu filii, non reſtitui: ſed filium familias, ſi ipſe conveniatur, reſtitui ex his cauſis, ex quibus ipſius intereſt. cæterum filii reſtitutionem non prodeſſe patri; ideoque eum poſſe nihilominus conveniri. Non obſtat d. l. 43. quia loquitur de veris liberationibus quæ ſunt jure Civili: quales non ſunt quæ jure Prætorio ſunt l. ult. *D. de duob. reis.* Hæc tamen fallunt l. 1. & 2. *C. de filioſ. minor.* Dixi de filioſ familias minore.

Porro de ſervo videndum; nam & de eo, ſi minor geſſerit aliquid, quaeri poſſit: quia nec hunc excipit Prætor. Sed verius eſt, ad ſervum non pertinere in integrum reſtitutionem. nam Prætor auxilium minori promittens, ipſum ſpectat; non alium per quem minor ad negotium acceſſit. porro ſervi reſtitutio non prodeſt ſervo: (quid enim proprium habet ſervus?) ſed prodeſt domino: cui ſervus acquirit. is vero ſi major eſt: imputet ſibi, quod minorem adhibuit, & per eum læſus eſt. quod ſi tamen ſervus minor ipſe læſus ſit: dicemus, vel ipſi eſſe ſuccurrendum d. l. 3. §. ult. l. 4. l. 5. h. r. lato Prætoris ſermone, & certa paritate rationis.

Non igitur refert, qualis ſit minor, qui læſus poſtulet reſtitui. Quid, ſi intervenerit ejus tutor aut curator? Scio: non ait Prætor, quod cum tutore aut curatore geſtum erit: ſed quod cum minore geſtum erit. Quid tamen refert, utrum ſit aliquid cum minore geſtum imprudenter, an cum ejus tutore aut curatore: certa Prætoris ratione; ne minor per cauſam ætatis lædatur. Accedit, quod non per dendi, ſed juvandi, minoris cauſa tutor & curator comparatur. proinde ſi in integrum reſtitutio petatur, quod ab iis læſa eſſe dicitur res minoris, etſi nullo dolo: non debet reſtitutionem impedire, quod errant illi qui ejus bono dati erant. Sed præclare Modeſtinus, Nulla, inſit, juris ratio aut æquitatis benignitas patitur, ut quæ ſalubriter

pro utilitate hominum introducuntur, ea nos du-
riore interpretatione contra ipsorum commodum
producamus ad severitatem *l. 25. D. de legibus*.
Igitur & hic convenit Edicti sententiæ, minorem
restitui, etsi verba non patiantur. *l. 2. § 3. C.*
Si tut. vel cur. interv. l. 29. l. 47. l. 49. h. t.
Sic: si creditor sit secutus personam pupilli aut
minoris. nam si curatorum personam secutus, cum
ipsis contractum habuit, & ab ipsis stipulatus est,
nulla opus est restitutione, quia adversus minorem
nullam habet actionem *l. 4. C. d. t. Si tut. vel cur.*
interv.

Finiam hanc partem; si addidero, quod respu-
blica quoque solet pro minore haberi, & læsa in in-
tegrum restitui, exemplo minoris *l. 4. C. Ex quib.*
caus. major. l. 3. C. de jur. reipubl. lib. xi.
tut. 29.

Haftenus ostendi, quis sit minor cui a Prætoris
indulgetur in integrum restitutio. Sequens dis-
putatio ostendit, hanc deum dari doceri, se
lubrico ætatis & fragilitate consilii esse circum-
ventum: eo quod aliquid sit cum eo gestum. sic
enim sonant Edicti verba. *Quod cum minore quam*
viginti quinque annis natu gestum esse dicetur: & ad-
ditur, *Uti quæque res erit, animadvertam*. Ulpianus
porro *l. 19. D. de verb. signif.* ait, *Gestum* a La-
beone quidem definiri rem sine verbis gestam: cæ-
terum putat, in proposito latius patere ex mente
Prætoris. ab eaque causa in *l. 7. h. t.* (quam
cum *d. l. 19.* optime conjunxit Labittus, *Primo*
Indic. usu: cum utraque sit ex lib. xi. Ad Edi-
ctum) *Gestum*, inquit, sic accipimus, qualiter
qualiter: pari ratione, sive lædatur minor se-
cundum verbi proprietatem, sive præter eam. sed
primum ait Ulpianus *d. l. 7. Gestum* appellatione
contineri *contractum*. quia procul dubio aliquid
illo geritur cum minore: & sunt in §. 1. exempla:
si emit, si vendidit, si societatem coit, si mutuam
pecuniam accepit, & captus est. idem de interven-
tionibus dicitur ibidem §. 3. & de judiciis §. 4. qui-
bus quasi contrahitur *l. 3. §. 11. D. de peculio*; & in
dote *l. 9. §. 1.* Illud obscurius: quod Ulpianus,
d. l. 7. addit, *Gestum* videri, sive contractum, sit,
siue quid aliud contigit: id est, quid aliud, præter
contractum. Est vero tale; si ipse quid egit mi-
nor, quo noceret sibi. Fac, per luxuriam perdidit
pecuniam quam ex debitoris solutione accepit sine
curatoris consensu. Erat dubitatio propter Edi-
cti verba, *Quod cum minore gestum erit*: quibus
non convenit præsens casus: in quo nihil est ge-
stum cum minore; etsi pecuniæ perditione aliquid
est a minore gestum. Placuit tamen, vel in hac
specie Prætoris mentem verborum subtilitati præ-
ferre; & minori, si pecuniam, ei a debitore sine cu-
ratoris consensu solutam, malo more perdidit, per-
inde subvenire; ac si aliquid cum eo gestum esset.
sic ad rem curiose Ulpianus *d. l. 7. §. 2. h. t.* Ab eo-
dem fonte est: quod in integrum restitutione ad-
juvatur minor; si temere se immiscuerit hereditati
patris damnosæ, aut extranei hereditatem damno-
sam adierit *l. 57. §. 2. D. de adq. hered.* etsi nec hic
sit quidquam cum minore gestum: sed ab illo ali-
quid. in summa enim quid interest? Idem pute-
mus: si aut legatum repudiavit, aut hereditatem. est
enim & hic aliquid ab illo, nihil cum illo, gestum.
tamen subveniendum est *l. 7. §. 7. h. t.* De delictis
videamus: an vel illa sub gesto contineantur? pri-
ma inspectio est, quid juris sit; si minor ex delicto
actor sit, & quid omiserit? placet autem, quod Try-
phoninus *l. 37. h. t.* scribit, auxilium in integrum

restitutionis executionibus pœnarum paratum non
esse; ideoque injuriarum judicium semel omis-
sum, repeti non posse. & est optima ratio: quod inju-
riarum judicium tantum pergit ad ultionem: cum
Prætor non ad hanc intendat; sed ad conservatio-
nem patrimonii, juvenili facilitate perituri, alte-
ra inspectio est: si ipse deliquerit minor, ait vero
Ulpianus *l. 9. §. 1. h. t.* minori in delictis non suc-
curri. Tryphoninus *d. l. 37.* ait, ne mereri qui-
dem, utique in atrocioribus, qua ratione? nimi-
rum, quia malorum mores infirmitas animi non
excusat *l. 1. C. Si advers. delict.* quid, si deli-
ctum non ex animo, sed extra venit? noxia non
committitur, etsi pœnæ causa pecuniæ damnum
irrogatur *d. l. 1.* Ex animo venit dolus, furtum,
adulterium *d. l. 9. §. 1. § d. l. 37. §. 1.* in-
juria, seu contumelia: quam Ulpianus *d. l. 9. §. 2.*
dixit *damnum injuria*, paulo insolentius. Extra
venit quod magis ex imprudentia, quam ex malis
moribus, id est, proposito & voluntate delin-
quendi, proficiscitur. pone: mater minor li-
beris impuberibus (ex præscripto D. Severi quod
est in *l. 2. §. 2. D. Qui pet. tut.*) non petit tutores.
licet constet, in delictis neminem ætate excusari:
matri tamen quæ filiis tutorem non petit, lubrico
ætatis lapsæ, eorum successionem minime dene-
gari convenit: cum hoc in majoribus matribus
tantum obtineat *l. 2. C. Si advers. delict.* Oportet
igitur (nam eo redeo) aliquid cum minore, vel
a minore, esse gestum; ut ex hoc Edicto restitua-
tur. quod si læsus ab aliquo sit minor, cum ipse
nihil gessit; cessant Prætoris partes. sed quod
non potest Prætor; reducet in pristinum sta-
tum Princeps. exemplum *l. 11. paragraph. 2.*
h. t.

Tempus est, ut de ipsa in integrum restitutione,
ejusque forma, & quæ ei consequentia sunt, tracte-
mus. Huc spectant sequentia Edicti verba: *Uti*
quæque res erit, animadvertam. Obscura sunt hæc
verba. sed dicam, quid mihi succurrat. *Animad-*
vertere est, animum ad rem vertere, id est, rem ani-
mo cognoscere. ea porro cognitio, siue animad-
versio, quia non alia causa sit a Prætoris, quam ut
decernat; an miramur, animadversionem hic pro
mixto imperio, seu toto jurisdictionis officio, accipi
a Prætoris. sit hoc in Edicto De aleatoribus, & Edi-
cto De injuriis, auctore Ulpiano *l. 1. pr. § 4. D.*
de aleator. § l. 15. §. 25. § §. 28. D. de injur. quid,
si pari modo dicitur, *Cognitionem* impetrare *l. 39.*
D. de evictio. § l. 3. §. 9. h. t. pro impetrare restituo-
nem ex decreto Prætoris, causa cognita? Pro-
mittit igitur Prætor, animadvertere, id est, causa co-
gnita, decernere, siue jus dicere; si quid cum mino-
re gestum erit. quo modo? *Uti quæque res erit*. Sic
loquitur Prætor. est vero ejus sensus: Quod cum
minore gestum erit, cognoscam; ac si eo læsus erit
infirmitate consilii, prout mihi æquum & bonum
videbitur, decernam. Is sensus, Paulus *l. 24. §. ult.*
h. t. sic exprimit: *Ex hoc Edicto nulla propria actio vel*
cautio proficiscitur: totum enim hoc pendet ex Prætoris
cognitione. Paulus significat, quod Prætor promit-
tens, minorem si læsus sit, in integrum restituere,
se non adstringit ad unam restitutionis formam:
sed constituit, varie jus dicere: prout minoris
utilitati conveniet. Et est argumentum Paulo:
quod Prætor non pollicetur propriam actionem vel
cautionem, id est, ut mihi videtur, non certum at-
que uniforme auxilium: non enim dicit, actionem
dabo, ut alias: non etiam, caveri jubebo, ut in Edi-
cto De damno infecto: sed ait, animadvertam, uti
quæque

quæque res erit. reservat igitur sibi liberam restitutionis formam; prout ipsi videbitur. Inde fit: ut minori aliquando subveniat Prætoris cognitione, nulla data actione, aut Judice: aliquando ei, causa cognita, detur Judex & actio utilis in personam ejus quocum gestit aliquid: aliquando etiam actio utilis in rem adversus possessorem, non modo malæ, sed etiam bonæ fidei; licet cum eo non sit contractum. Ne auctoritas nostræ desit interpretationi; adducam *l. 13. §. 1. h. t.* ubi rem a minore traditam accepit Titius ex causa emptionis; isque eam mox vendidit & tradidit alii. minor petit restitui in integrum. dicitur adjuvari vel cognitione Prætoris, (ut & fit *l. 39. D. de eviction.*) vel actione utili, modo in personam rescissa liberatione, modo in rem rescissa alienatione: prout Prætori æquius videatur. Id vero est, opinor, quod dixit Paulus *d. l. 24. §. ult. Totum hoc pendere ex Prætoris cognitione.* Est porro his consequens; ut minor petat in integrum restitui, non de plano per libellum, sed pro tribunali, confidente Prætoris, & adversariis adversus quos petat restitui, advocatis: ut observari, ubi causæ cognitio sit, supra dictum sub Titulo De in integrum restitutione; & in proposito liquet in *l. 29. §. 2. §. l. 13. h. t.*

Interim in causæ cognitione versantur multa, obiter exponenda. Primum est; an qui postulat, se restitui ob ætatem, probaverit, se minorem esse, ut in antecessum demonstravi. Alterum; an sit eo quod gestum est, læsus lubrico ætatis. Non id palam indicatur Prætoris verbis: sed congruit ejus menti; ne semper, nec passim, rescindat cum minore gestum; sed ut totum redigat ad bonum & æquum: ne, dum vult consulere minoris imbecillitati, eum incommodo afficiat. nam si eum indistincte juvet; nemo cum eo contrahet; itaque futurum erit perinde, ac si quodammodo ei commercio interdicatur. proinde, nisi manifesta sit circumscriptio, aut tam, id est, valde, negligenter in ea causa versatus sit, Prætor interponere se non debet *l. 24. §. 1. h. t.* finge: fatio læsus est, sobrie rem suam administrans: cur restitueretur ob ætatem qui fecit, quod faceret, si esset major? non igitur eventus indulget damni restitutionem, sed inconsulta facilitas. Sic optime Ulpianus *l. 11. §. 3. §. 4. §. 5. h. t.* & allatis exemplis pulcherrimis. Nec minus probo sic concludentem *l. 44. eod. tit. Non omnia qua minores viginti quinque annis gerunt, irrita sunt: sed ea tantum qua causa cognita ejusmodi deprehensa sunt: ut ab aliis circumventi, vel sua facilitate decepti, aut quod habuerunt, amiserint: aut quod adquirere e molumentum potuerunt, omiserint: aut oneri quod non suscipere licuit, se obligaverint.* Possent hæc sufficere: nisi e re esset, notari, prouiores fuisse Veteres in adjuvando minore ob acceptum damnum, quam ob omisum lucrum. Adeo fuere qui existimarent, sufficere, minorem levari damno quo sit affectus: non esse opus, ei subveniri propter omisum lucrum, nam damnum (quod a demendo, & quasi deminutione patrimonii dictum *l. 3. D. de damn. infect.*) demum videri, cum minor amisit quod habuit: at cum omisit lucrum, non esse quidem locupletiores factum; sed interim nihil de bonis suis demisisse, eoque proprie non esse læsum. sic illi. Aliis contra sedebat, convenire benignitati Prætoris, minori omni modo prospicientis, ei non minus subvenire propter neglectum lucrum, quam propter acceptum damnum: sapientibus, non minus lucri, cujus habeant occasionem, studiosis, quam a damno, si im-

mineat, alienis. Atque hæc sententia, ut humanior atque utilior, post multas variationes tandem recepta est; si fides Ulpiano *l. 7. §. 6. D. h. t.* nam hoc indigitat: cum sic scribit, *Hodie certo jure utimur, ut & in lucro minoribus succurratur.* Et adfert exemplar *parag. 7. §. 8.*

Summa est: quod in integrum restitutione minoris omnia in eum reponuntur statum, in quo erant ante, quam esset cum illo gestum. proinde debet res perinde haberi, ac si nil esset cum minore gestum. Quod si est: oportet restitui ipsum quod est gestum, & præterea, quidquid ex eo sequutum est. Hoc intelligitur ex *l. 9. h. t.* proponitur ibi minor esse damnatus sententia Præsidis vel Procuratoris Cæsaris. deinde ex causa judicati capta & distracta sunt ejus pignora. mox idem minor petit in integrum restitutionem adversus sententiam, pro certo ponitur, (ut est certum) quod pecunia a minore soluta ex causa judicati, debet ei restitui. illud quæritur, an etiam revocari possint distracta corpora? & placet, revocari: modo intersit minoris, revocari: id est, ut ait Ulpianus, si grande damnum sit minoris. nam huc respicit in integrum restitutio, ut omnis utilitas quam amisit, aut omne damnum quod accepit minor, ei Prætoris indulgentia reparetur.

Cæterum, ut æquum est, Prætoris minori consulere; ita nec debet adversarium negligere. bene Paulus *l. 24. §. 4. h. t.* restitutio, inquit, ita facienda est, ut unusquisque integrum jus suum recipiat. sic foret; si nil esset cum minore gestum. nec aliud congruit æquitati Prætoris, quam utriusque causam in hunc statum reducere. prospiciat igitur minori Prætor, ne lubrico ætatis accipiat damnum. qua vero fronte sinat, eum facere lucrum cum aliena injuria? sed apparet, ut vera sit in integrum restitutio, oportere omnia pro infectis esse. Hoc vult Antoninus *l. unic. C. de reputat. qua fiunt in judic. in integr. rest.* Tatiano cuidam sic rescribens: *Qui restituitur in integrum, sicut in damno morari non debet, ita nec in lucro.* Et inde refert: quod minor ideo, quidquid ad eum pervenit, vel ex emptione, vel ex venditione, vel ex alio contractu, hoc debet restituere. Tum subjicit §. 1. *Sed & si intercessor minor viginti quinque annis intervenierit, in veterem debitorem debet restitui actio.* Non minus verum est, quod in §. 2. addit porro: *Cum minor adiit hereditatem, & restituitur: mox quidquid ad eum ex hereditate pervenit, debet prestare: verum & si quia dolo ejus factum est, hoc eum prestare convenit.* Sic Antoninus. & probo; quod ait, a minore si restituatur, præstari quidquid ad eum ex hereditate pervenit. nam cætera adversario non præstari. fac, quid legatis esse expensum; fac, servos ad libertatem adita hereditate pervenisse. an teneretur aut legata refundere, aut pretia manumissorum? non putat Ulpianus *l. 22. h. t.* & recte: quia servi ex defuncti voluntate ipso jure sunt adita hereditate manumissi: porro soluta legata jure debebantur. ita ex his nihil ad eum pervenit. Eodem modo Papinianus *l. 31. h. t.* minore adversus aditionem hereditatis restituto, ait servos ex fideicommissio manumissos, retinere libertatem: & si quidam ex creditoribus pecuniam suam a minore accepissent ante restitutionem: recte factam esse solutionem: ideoque contra eos qui acceperunt, cæterorum querelam, ut pecunia communicetur, non admittri. Sed nimis liquet, postulata restitutione, quidquid ad minorem pervenit, ab eo restitui adversario. Idem esse, ait Antonin. *d. l. un. si quid factum*

factum est ejus dolo, quo minus perveniret. non enim est Prætori negotium, improbitati & malitiæ indulgere; sed ætatis minoris lubrico & consilii infirmitati subvenire. Atque hæc procedunt maxime in his quæ pendent ab uno utriusque actu, & quasi cohærent, nec facile separantur; ut in emptione & venditione, & similibus. sed aliter est in separatis: qualis casus est l. 28. h. t. Minor egit actione tutelæ directæ: tutor contraria. ille, ut ratio redderetur: hic ut impensas reciperet, minor obtinuit minus, quam sibi deberi existimabat. petit restitui in integrum. an restituendus quoque tutor? negat Modestinus: quia separata est utraque actio, nec altera cum altera quidquam habet commune. Potest enim esse directæ tutelæ actio, ut non sit contraria. vice quoque versa potest institui contraria, ut non agatur directæ. Nec dissimile est, quod traditum l. 29. §. 1. d. 1. Ex superioribus profluit alia quæstio l. 41. h. t. cujus variat lectio. Florentiæ sic editur. *Si iudex circumvento in venditione adulescenti jussit fundum restitui, eumque pretium emptori reddere, & hic noluit in integrum restitutione: pœnitentia acta exceptionem utilem adversus petentem pretium, quasi ex causa judicati adulescens habere poterit: quia unicuique licet contemnere hæc quæ pro se introducta sunt. nec queri poterit venditor, si restitutus fuerit in eam causam in qua se ipse constituit: & quam mutare non potuisset, si minor auxilium Prætoris non implorasset.* Sic Florentiæ, apud Haloandrum est, *& hic noluit uti hac in integrum restitutione.* Russardus pro, venditor, quoque habet, emptor: quamquam Haloander retinet venditor, ut est in editione Florentina. sed, res postulat, emptor. Species: minor vendidit fundum certo pretio. is, minor petit restitui in integrum. Prætor suo decreto jussit, minori, ab emptore restitui fundum, & a minore vice versa pretium restitui emptori; sicut in integrum restitutione moris est. postea adolescentem pœnituit impetratæ restitutionis, igitur non vult ea uti. ejus adversarius agit actione rei judicatæ, ut sibi pretium restituatur: paratus ei fundum, ut jussus, restituere. quæritur: an minor adversus eum possit uti utili exceptione, id est, exceptione in factum? prima facie non videtur: quasi adversario sit jus quæsitum ex decreto Prætoris, utrumque in integrum restituentis. Ait tamen Julianus, quod adolescens exceptionem utilem adversus petentem pretium, quasi ex causa judicati, habere poterit. & pro ratione addit: quia unicuique licet contemnere hæc quæ pro se introducta sunt; nec queri poterit emptor, (sic dixi legendum) si restitutus fuerit in eamdem causam in quam se ipse constituerat, & quam mutare non potuisset; si minor non impetrasset Prætoris auxilium.

Item quæritur, si minor adversus minorem restitui desiderat, an sit audiendus? Ulpianus l. 11. §. 6. h. t. putat, inspiciendum a Prætore, quis captus sit. proinde si ambo capti sunt, verbi gratia, minor minori pecuniam dedit, & ille perdidit: melior, inquit, est causa ejus qui accepit, & dilapidavit, vel perdidit. Plane in §. 2. censet Ulpianus, si minor annis cum filiofamilias majore contraxit: posse in integrum restitui; ut magis ætatis, quam Senatusconsulti, ratio habeatur. quid, si apud minorem mulier pro alio intercesserit? si audimus Gajum l. 12. h. t. non est ei actio in mulierem danda: sed perinde atque cæteri, per exceptionem removeri debet: scilicet, quia communi jure ei actio in priorem debitorem restituitur.

Hæc: si solvendo sit prior debitor: alioquin mulier non utetur Senatusconsulti auxilio.

Non prætermittam hic l. 13. h. t. quia meretur exponi quod tractat. Ait ibi Ulpianus, in causâ cognitione etiam versari, utrum soli minori succurrendum sit, an etiam his qui pro eo sint obligati, puta, fidejussoribus aut mandatoribus. primum pro certo ponit, quod minor captus, nec creditori, nec fidejussori, tenetur: sed perpendendum est Prætori, tenetur: sed perpendendum est Prætori, utri potius subveniat. Sic vero apparet, quod Ulpianus l. 3. §. 4. h. t. ait, restitutionis auxilium solere interdum minoris fidejussori prodesse. at quando ei profit, hoc quæritur? Fac, mandatorem esse; putat Ulpianus d. l. 13. facilius dici, non debere ei subveniri: scilicet, quod hic fuit velut adfirmator & suavor; ut cum minore contraheretur. Idem tamen censet in fidejussore: si, cum scirem minorem, & ei non haberem fidem; ut pro eo fidejusseris; non enim esse æquum, fidejussori subveniri in necem meam; sed potius denegandam ipsi fore actionem. Paulus lib. 1. Sentent. tit. 17. §. 9. id sic exprimit: *qui sciens prudensque se pro minore obligavit, si id consulto consilio fecit, licet minori succurratur, ipsi tamen non succurratur.* Cæterum non iniquum fuerit, sicut minori, sic fidejussori, subveniri: modo minor non in re, sed dolo creditoris, circumventus dicatur l. 2. C. de fidejussorib. min. sic enim exceptio non cum minoris persona, sed cum re, cohæret. idemque foret, si major læsus esset dolo creditoris l. 7. §. 1. D. de except. Sed nostra quæstio est: si minor, si ne dolo creditoris, in re sit circumscriptus lubrico ætatis. tum enim personæ favor demum locum facit in integrum restitutioni: ideoque exceptio cum persona cohæret d. l. 7. §. 1. nec videtur porrigi ad fidejussorem: cujus non idem favor est. quin potest ei imputari, cur fidejusserit; si scivit, minorem esse pro quo intervenit: aut cur non inquisiverit in personam ejus, si nescivit. utique potuit inquirere: & si non fecit, cum posset, ejus culpa est: quam æquum est magis ei, quam creditori, nocere. hunc certe lædi fidejussoris imprudentia, non oportet l. 1. §. 2. C. de fidej. minor. At enim obstant l. 51. D. de procurat. l. 86. D. de adq. hered. l. 2. §. fin. D. de admin. tut. Sed videamus; ne in his sit quid speciale, ad superiorem regulam non pertinens. Habuit sane illa locum, fidejussore simpliciter interveniente pro minore, qualis qualis sit. at in proposito fidejussor pro minore intervenit, non simpliciter, sed quæ tali: id est, pro minore certam assumentem personam, verbi gratia, defensoris aut heredis. hanc qualitatem quamdiu retinet minor; æquum est, teneri fidejussorem qui in eam consensit. eam si deponit minor, impetrata in integrum restitutione: sicut minori subvenitur, ita ejus fidejussorem adjuvari oportet: quia fidejussit pro minore, non tamquam minore, sed tamquam defensore aut herede. talis autem defensor aut heres esse desiit in integrum restitutus. igitur desiit quoque esse causa fidejussionis, unice factæ, ut minor esset aut heres, aut alienæ litis defensor. nec restat; nisi, ut æque in integrum restituatur fidejussor, ac restitutus est minor: siquidem stipulatio ex hujusmodi causa intelligitur interponi propter ipsam rem propter quam quis convenitur, & idcirco caret effectu: si ea sit rei persona cum qua agi nequeat, qualis est servus l. 9. l. 13. D. Si quis cautionib. in judic. sist. aut si talis sit, ut adversus eam jam amplius dirigi non possit: ut evenit in tutore, finita tutela l. 15. D. eod. tit.

Non

Non minus elegans est sequens Ulpiani observatio in *l. 16. h. t. In causa cognitione etiam hoc versabitur, num forte alia actio possit competere citra in integrum restitutionem. Nam si communi auxilio & mero jure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium.* Et est exemplum Ulpiani clarum & certum: *Ut puta, cum pupillo contractum est sine tutoris auctoritate.* Est enim pupillus ipso jure tutus: solo obligatus naturæ jure ex quo jure civili non est petitio. Non peccabo: si huic exemplo subjiciam aliud confirmile ex *l. 25. D. de fidejussoribus* quæ desumpta est ex eodem Ulpiani lib. xi. Ad Edictum; ex quo est *d. l. 16.* eique olim cohæsit. Verba *l. 25. Marcellus scribit: si quis pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato, prodigo, vel furioso fidejusserit: magis esse, ut ei non subveniatur: quoniam his mandati actio non competit.* Ita passim legitur. sed incidit Antonio Contio, V. CL. lib. 2. *Var. lect. c. 3.* reponere: *Ut his non subveniatur, quoniam ei mandati actio non competit.* Optimo, opinor, sensu qui ante erat nullus. is sane locus pertinet ad Edictum de restitutione minorum, & est, conjungendus cum fine principii *d. l. 16.* ita non quaeritur de restitutione fidejussoris qui intervenit pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato, aut pro prodigo, furioso, similiter obligatis sine consensu curatoris: sed quaeritur de restitutione pupilli, prodigi, aut furiosi: & est utriusque & Marcelli & Ulpiani sensus: Si quis fidejusserit pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato, aut pro prodigo, furioso: non est his, id est, pupillo, prodigo, aut furioso, necessaria in integrum restitutio: quia satis muniti sunt jure communi; cum huic, id est, fidejussori, adversus ipsos nulla jure civili competat mandati actio. Hic Ulpiani sensus, & solus, non alius. Ita non oportet eo ex loco ulterius quaeri, (quod a plerisque fieri video) an talis fidejussor jure civili obligatus intelligatur. nam de hoc in proposito neque Ulpianus cogitavit, neque Marcellus. Quid igitur est? ei qui hoc scire volet, suadeam, ire ad alia Pandectarum capita in quibus ea quaestio tractatur. ex hoc enim loco non discet: quia in hoc non est actum. Superiori quaestioni affinis est illa, an minor viginti quinque annis, si contrahat sine curatoris consensu, opus habeat in integrum restitutionem? proponitur ea in *l. 3. C. h. t.* & est una dubitatio, utrum sit ipso jure tutus, an non. Sed hanc ex professo expediavi lib. *Ad Edict. De pact. & transact. c. 20.* Ne praetermittendum quidem foret exemplum §. 1. *D. l. 16:* nisi id expoluissim lib. *De form. emend. dol. mal. c. 7.* in quo etiam, quod est dignissimum observatu, indicavi, *l. 5. C. h. t.* esse partem *l. 5. C. de rescind. vend.* monstrante legis utriusque cum tenore, tum Inscriptione quæ est *Imp. Diocletiani & Maximiani ad Rufum.*

Volui discedere a *d. l. 16:* sed retinet me duplex scrupulus in his verbis *pr. d. l. In causa cognitione etiam hoc versabitur, num forte alia actio possit competere, citra in integrum restitutionem.* Prior difficultas est, quod non satis eis conveniunt sequentia. Nam si communi auxilio, & mero jure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium: ut puta, cum pupillo contractum est sine tutoris auctoritate, nec locupletior factus est. Quæ enim hic est actio propter quam deneganda sit in integrum restitutio? Altera difficultas est, quod in §. 2. *d. loci* occurrit exemplum: in quo datur in integrum restitutio, et si alia competat actio. idemque evenit *l. 1. l. 3. & l. 5. C. Si tut. vel. cur.* Ut igitur uterque eximatur scrupulus: dicendum est, quod in *d. l. 16. pr.*

sub actionis appellatione continetur jus id quod gestum sit, dicendi nullum. & est sensus: Quoties quis ita est munitus ipso jure: ut possit id quod gestum est, nullum dicere: tum Prætor ei non accommodat hoc extraordinarium in integrum restitutionis auxilium: propterea quod non est opus restitutione qua nullum fiat negotium, quod est nullum, & quidem ipso jure. tale exemplum est: si pupillus se obligaverit sine tutoris auctoritate, nec sit locupletior factus: aut si minor in contrahenda societate sit dolo malo circumventus. quid enim restituatur; ubi quod restituatur, non est? Cæterum si ipso jure civili teneat gestum cum minore: tum est in integrum restitutione opus: nec ea impeditur eo quod minori etiam alia competit jure civili actio: quia non est minor sic ipso jure munitus; sed alia actione, in integrum restitutioni accedente: ut est incerti conductio §. 2. *d. l. 16:* & sunt aliæ actiones in *d. l. 3. & 5.* Sic accipiendum quod in *d. l. 16. §. 3.* generaliter subjicit Ulpianus, *Et generaliter probandum est, ubi contractus non valet, pro certo Prætorum interponere se non debere.*

Res finem non inveniet, si velim omnes enumerare casus, in quibus cesset in integrum restitutio. cum enim generaliter dicat Prætor, *Uti quequeres erit, animadvertam:* apparet, non aliter ab eo dari, quam si justa causa esse videatur. Si tamen molestus non ero; addam causas paucas & elegantes. Prima deliberatio erit: an possit minor, post impetratam a Principe ætatis veniam, rem suam minus idoneè gerens, petere in integrum restitutionem. quaestio est, an sit justa causa? sed negat Aurelianus, atque optima ratione; ne hi qui cum eo contrahunt, Principali auctoritate circumscripti esse videantur *l. 1. C. de his qui ven. atat. impetr.* Similis causa denegandæ in integrum restitutionis est; si major ratum habuerit quod minor gessit. quid enim interest, utrum major gerat, an quod minor gessit, major approbet? sed Ulpianus *l. 3. §. 1. h. t.* ait, placere, & esse constitutum, si quis major factus comprobaverit, quod minor gesserat, cessare restitutionem. eodemque spectat *l. 1. & 2. C. Si maj. fact. rat. hab.* Similis casus est: si minor alterius circumveniendi causa, se majorem dixerit: sciens, se minorem esse. Atqui est minor. Sed nequam; non simplex; sed improbe callidus. ita malitia supplet ætatem: certo, quod publica jura minoribus errantibus, non etiam fallentibus, subveniunt *l. 2. C. Si min. se maj. dix.* Non idem rigor servatur adversus minorem qui majorem ætatem probavit, id est, putavit se probare, tabulis professionum suarum sibi oblatis: cum nesciret, falsas esse *l. 1. C. d. t.* Non enim fecit se restitutione indignum qui noluit alium decipere, ipse deceptus oblatis professionum suarum tabulis quas putabat veras esse. Professionem intellige natalis: sic enim vocatur *l. 6. C. de fid. instr.* dicitur & simpliciter professio *l. 14. C. de probat.* inde hic tabulæ professionum. Solent autem parentes veterem more (quem revocasse, & ampliavisse Antoninum Philosophum, ostendit Lipsius *Excurs. A. ad lib. 5. Annal. Taciti*) apud acta profiteri natos sibi liberos, quo de eorum natalibus, quoties opus esset, constaret. Hæ professiones sæpe erant veræ; aliquando falsæ *l. 29. §. 1. D. eod. tit.* etiam diversæ *l. 13. D. eod. tit.* quippe cum non modo patris, sed etiam matris, & avi, professio reciperetur *l. 16. D. d. t.* ne omnes quidem fiebant in publico tabulario, erant & domesticæ.

liquet ex Apulejo *Apolog.* ab eaque causa facile e mentita *d. l. 14.* Superioribus addendum ex *l. 3. C. si min. se major. dix.* si non minoris dolus reperitur, sed adversarii injuria vel circumventionem fuerit factum, ut se majorem diceret, durare restitutionis beneficium. Quid, si in instrumento per sacramenti religionem asseveravit, se majorem esse? est restitutionis beneficio exclusus: nisi palam & evidenter ex instrumentorum probatione, non per testium depositionem, se minorem fuisse ostenderit. id autem tum in primis verum est: si in instrumento juravit, cum crederet, se esse majorem, ab adversario deceptus; ipse non cogitans dolum. atque hoc; si simplex sit iurandum, constans intra verba. nam si corporaliter sit prestitum: negat

d. l. 3. Justinianus, ullum superesse auxilium.

Hoc loco quoque videndum; an in integrum restitutio permittenda sit minori adversus eos, adversus quos cessat de dolo actio. tales enumerantur *l. 11. §. 1. D. de dolo malo.* Sed putat Gajus *l. 27. §. ult. h. t.* etiam adversus eos preitari. Quæ tamen ibidem additur clausula, *Nisi quædam persona specialiter lege fuerint excepta*, ea clausula non est Gaji; sed Triboniani, ab eo adjecta ex *l. ult. C. Qui & advers. quos.* a qua tamen excipienda species *l. ult. §. 1. C. de bon. quæ liberis.*

Fuit & alia causa denegandæ in integrum restitutionis, si sæpius petatur. sed hanc attingi supra Tit. 1. hujus libri *De in integr. restit.*

TITULUS V.

De capite minutis.

SUCCEDIT quarta causa petendæ in integrum restitutionis, capitis minutio. Ea a Gajo definitur status mutatio *l. 1. D. h. t.* Minuere enim est mutare. hoc sensu Paulus *l. 17. D. de oper. libert.* dixit, *Vita institutum minui* pro mutari. id intelligitur conjunctione *l. 16. §. 1. & l. 50. D. eod. tit.* Status hic notat conditionem quam homo habet a familia, civitate, aut libertate. adeo strictior hic, quam sub Titulo *De statu hominum*, est status significatio. argumentum ei rei: quod Senatorem, cum ordine movetur, negamus capite minui, quasi dignitatem mutet, non statum *§. 5. Inst. h. t.* idem dicimus de servo, cum manumittitur: nam eum quoque negamus amittere caput, id est, statum: quia nunquam habuit caput: id est, numquam habuit jus aliquod vel a libertate, vel a civitate, vel a familia. imo hodie, id est, ex manumissione, demum caput, seu statum, habere incipit *l. 3. §. 1. l. 4. h. t.*

Ex hac verbi notatione trifariam dividitur capitis minutio. Paulum audi *l. ult. h. t. Capitis deminutionis tria genera sunt: maxima, media, & minima. tria enim sunt quæ habemus, libertatem, civitatem, familiam. igitur cum hæc omnia amittimus, hoc est, libertatem, civitatem, & familiam, maximam esse capitis deminutionem constat. cum vero amittimus civitatem, & libertatem retinemus, mediam esse capitis deminutionem. cum autem & libertas & civitas retinetur, familia tantum mutatur, minimam esse capitis deminutionem.* Sic Paulus: etiam Justinianus *h. t. Instit.* nec aliter Ausonius his verbis *Edyll. xi. Triplex libertas, capitisque minutio triplex.* Ulpianus tamen *l. 1. §. 4. D. de suis & legitim. hered.* capitis minutionem facit duplicem, magnam, & minorem. Sed nulla in re pugna est: aliqua licet sit in verbis. quæ enim Ulpiano duplex est divisio, optime potest fieri triplex: & quæ Paulo est triplex, facile fit duplex. quo modo? Capitis deminutio aut magna est, aut minor *d. l. 1. §. 4.* magna, cum publica amittitur libertas, sive naturalis, sive civilis: minor, quoties familiæ jus mutatur, salva publica libertate, & naturali & civili. Hanc indicavit Ulpianus *l. 1. §. 8. D. Ad Senatusc. Tertyll.* quamquam omnes libri habent: *Capitis minutio salvo statu contingens liberis nihil nocet ad legitimam hereditatem.* Nullo plane sensu, cum enim omnis capitis minutio sit status mutatio: an potest ulla contingere, salvo statu? non potest. quo modo igitur ait Ulpianus, aliquam contingere salvo statu? Si quid intelligo; deest Ulpiano verbum, quod sic restituo;

Capitis minutio salvo statu t. contingens. & explico, Capitis minutio salvo statu civitatis contingens. Sic conjeci *lib. 2. Observ. c. 21.* & est sensus optimus: nam capitis minutio salvo statu civitatis contingens, solam mutat familiam; nec est alia, quam minor: cui ab Ulpiano in fine *d. §. 8.* mox opponitur magna capitis minutio, quæ vel civitatem adimit, ut puta, si deportetur. Ea forma in *l. 2. h. t.* ipse sic ait, *Pertinet hoc Edictum ad eas capitis deminutiones quæ salva civitate contingunt.* Id est, quæ sunt ex genere capitis deminutionis minoris. Eoque modo etiam loquitur Paulus *l. 5. §. 2. h. t.* Sit igitur, ut dixi, capitis deminutio duplex: magna, vel minor. hæc accidit salvo statu civitatis: illa civitatis amissione. altera tollit privata familiæ, altera publica jura: auctore Paulo *d. l. 5. §. 2. & l. 7. h. t.* Idem firmat Callistratus *l. 5. §. 3. D. de extraord. cognit.* primum ait, *Consumi existimationem, quotiens magna capitis minutio intervenit.* cum autem quæri posset, quæ sit magna: deinde addit, *id est, cum libertas adimitur:* appellatione libertatis non privata, sed publica civitatis jura significans. hoc quoque (cum possit obscurum videri, duplici ea libertate, alia naturali, alia civili) utriusque exemplo illustrat. unum est; *Veluti, cum aqua & igni interdicitur, quæ (capitis minutio) in persona deportatorum venit.* alterum est; *vel cum plebejus in opus metalli vel in metallum datur.* posterius exemplum manifestum est: datione enim in metallum, vel in opus metalli, utraque tollitur libertas, tam naturalis, quam civilis: quippe cum ea contingat pænæ servitus. prius obscuriorem habet rationem: deportato libertatem retinente, etsi amittat civitatem. nec hoc confundit Callistratum: & merito. nam qui civitatem amittit, ut deportatus, is quidem Jure Gentium liber est: retinet enim quæ Juris Gentium sunt, cæterum amittit quæ sunt Juris Civilis *l. 15. D. de interdict. & releg.* nec ideo est Jure Civili liber; quod sit liber Jure Gentium. Hoc voluit Callistratus: & ante observavit Livius *lib. 45. c. 15.* Verba Livii. *Omnes quinque & triginta tribus emovere: id est, libertatem civitatemque eripere.* Cicero quoque, *Pro Catina*, Si, inquit, *semel civitas adimi potest, retineri libertas non potest. qui enim potest Jure Quiritium liber esse qui in numero Quiritium non est.* Est igitur duplex capitis minutio, magna & minor: ut est duplex libertas: una publica civitatis, altera pri-

vara familiæ. Imo est triplex capitis minutio, maxima, media, minima. ac, ne de Justiniano & Paulo dicam iterum, sic clare Ulpianus in *Fragm. tit. xi. §. 10. §. l. 63. §. 10. D. Pro socio*, atque exemplo libertatis triplicis, ut ex Aufonio dixi. Sed nullum periculum. cum enim triplex esse dicitur capitis minutio: maxima mutatur naturæ, minore civitatis, minima familiæ, status. ita cum tres sint gradus libertatis, tres sunt species capitis deminutionis. cum vero duplicem eam facimus, aliam magnam, aliam minorem: hæc pertinet ad privata familiæ, illa ad publica civitatis, jura partim civilia, partim naturalia. Sed de his plura *d. lib. 2. Observ. c. 21.*

Dixi, quid sit capitis deminutio, & quotuplex. Sequens disputatio tradet, quis sit cujusque effectus, est autem varius. nam maxima & media comparantur morti *l. 63. §. 10. D. Pro socio. §. 1. Inst. Quib. mod. jus patr. pot. solv.* igitur utramvis quis patitur; extinguatur ejus jus, cum publicum, tum privatum, nec minus naturale, quam civile: sicut fieret, si mortuus esset, sed neque potest ille penitus conveniri. dabitur plane actio utilis in eos ad quos bona ejus pervenerint *l. 2. l. 7. §. 2. §. 3. h. t.* si præsertim quæ acciderint ante utramque capitis deminutionem. quid, si postea acciderint? & quidem post maximam capitis deminutionem, nil opus admoneri: cum constet, hanc passum, fieri servum. at passus mediam capitis deminutionem, quia liber manet, ut amittat civitatem, perdit quidem civilia jura, sed gentium jure fruitur: emit, vendit, locat, conducit, fœnus exercet, & cætera similia, & postea quæ sita pignori dare potest, nisi in fraudem fisci qui ei mortuo successurus est, ea obliget *l. 15. D. de interdict. §. releg.* Eadem ratione ait Paulus *l. 22. §. 5. D. Mandati*, eum cujus bona publicata sunt, posse alicui mandare, ut ea emit; & si emerit, utilem fore mandati actionem, si non præstet fidem: idque receptum esse ideo: quia publicatis bonis, quidquid postea acquiritur, non sequitur fiscum, nisi post ejus mortem. Sic in maxima & media capitis deminutione. Quid in minima? negat Paulus *l. 5. §. 2. h. t.* hac interverti jura publica: nam manere Magistratum, vel Senatorem, vel Judicem. qua ratione? duplice: una est, quod absurdum fuerit, jura publica pendere a negotiis privatorum: altera est, quod ad munera publica omnes cives tenentur; siue hujus, siue illius, familiæ sint; ac siue sint patres familiarum, siue sint filii familiarum. igitur hoc plus ait Ulpianus, nec cætera officia quæ publica sunt, in eo finiti minima capitis minutione, sed tantum privata hominis & familiæ ejus, non civitatis, jura *l. 6. h. t.* ita recte Paulus *l. 7. Tutelas*, inquit, etiam non amittit capitis minutio. Nec tamen hoc de omni tutela accipit; sed de hac dumtaxat quæ a patre, aut a Magistratu datur. nam in legitima quæ agnatis proximis defertur ex lege Duodecim Tabularum, aliter jus esse, existimat in *d. l. 7.* quæ est corrupta, & a Cujacio *lib. 9. Observ. c. 17. §. ad Ulpianum tit. xi.* sic restituitur: *Exceptis his quæ l. A. P. P. deferuntur*: Sigla sic exponit Cujacius: *Exceptis his quæ jure agnationis proximis potissimum deferuntur.* addit, *potissimum*, propter fœminas: quibus tutela non defertur, etsi sint agnatæ. *l. 73. D. de reg. jur. §. l. 1. §. 1. D. de legitim. tutor.* Sic Cujacius. Eodem sensu, sed minore molimine, conjicit Jacobus Gothofredus ad *Tabul. v. Leg. xii. Tabb. lib. 3. p. 96.* Exceptis his quæ in jure antiquo personis positæ deferuntur. ac per jus an-

tiquum, intelligit jus Duodecim Tabularum. Nec potest negari, quod utroque modo in *d. l. 7.* belle procedit sequens Pauli illatio: Igitur testamento dati tutores, minima capitis deminutione tutores esse non desinunt: sicut nec a Magistratu dati ex Lege Atilia, aut ex Senatusconsulto: (cujus Ulpianum meminisse. *tit. xi. §. Hoc amplius bene animadvertit Cujacius*) sed soli legitimi ex Lege Duodecim Tabularum constituti. Hoc tam varie: quia Lex Duodecim Tabularum legitimos tutores vocans, illos civiliter designat: Senatusconsultum naturaliter. civilis appellatio est, agnati: naturalis, pater, mater, filius. fit etiam naturalis designatio, cum Magistratus ex Lege Atilia, aut pater in testamento, Titium aut Gajum appellat proprio nomine. at agnati nomen, mutata familia, perimitur. contra filius & pater, item Titius & Gajus, esse non desinunt.

In hereditatibus eadem aut similis distinctio, auctore Paulo *d. l. 7.* nam aliæ suis & agnatis deferuntur; aliæ cognatis. suorum & agnatorum est civile nomen, veniens ex Lege Duodecim Tabularum. cognatorum nomen est sanguinis, id est, naturale, veniens ex Edicto Prætoris. alterum igitur vel minima capitis deminutione tollitur: alterum non tollitur. Huc spectat illud Pomponii *l. 8. D. de reg. jur. Jura sanguinis nullo jure civili dirimi possunt.* Pomponio jus sanguinis est jus cognitionis: jus civile est minima capitis deminutio, ut in *l. 2. D. Unde cognati.* ita sensus Pomponii, Hereditates quæ jure civili suis & agnatis deferuntur, amitti emancipatione, id est, minima capitis deminutione, seu jure civili: sed bonorum possessiones quæ cognatis jure sanguinis deferuntur, non æque; qui enim non admittuntur ut legitimi, adhuc admitti ut cognatos: quia cognitionis nomen est nomen juris naturæ, quod minima capitis deminutione, id est, jure civili, non dirimitur. Hoc apparebit ex collatione *l. 5. D. eod. tit. l. 5. D. Si tab. testam. nul. extab. l. 4. D. de suis & legitim. quæ omnes sunt ex eodem Pomponii lib. 4. Ad Sabinum.*

Non alia fuit differentia in usufructu, habitatione, & annuo relicto. Observavit eam Modestinus *l. 10. h. t.* indicante Inscriptione: quæ est ex *lib. 8. Differentiarum*: etsi nulla hodie sit ea in lege mentio usufructus: antiquo usufructus jure a Justiniano in *l. 16. C. de usufructu* mutato. hac enim, opinor, ratione Tribonianus in *d. l. 10.* omissa una differentiarum parte, tantum posuit alteram: ut pridem observavi *lib. 2. De usufructu c. 7.*

Ne obligationes quidem superiore caruerunt distinctione. voluere Veteres, has quæ civilem habent præstationem, minima capitis deminutione, id est, jure civili, perire; illas quæ habent naturalem, non æque. Sic Gajus *l. 8. h. t.* & ei exemplum in dote: quam confirmat habere naturalem præstationem, conceptam quippe in bonum & æquum; ideoque durare post capitis deminutionem. quem in finem? ut quandoque, id est, quancumque, emancipata agat, ita subjicit Paulus *l. 9. h. t.* An idem in cæteris bonæ fidei contractibus? Non putat Cujacius *lib. 22. Observ. c. 14.* Mihi placet, Gaji regulam exemplo dotis non restringi, sed illustrari: quia & cæteri bonæ fidei contractus in bonum & æquum concipiuntur; nec minus habent naturalem præstationem. Civilis obligationis exemplum in stipulatione: est enim illa, ut alibi dixi, contractus juris civilis, quatenus formam ac-

cepit a jure civili, ideoque tollitur jure civili: quamquam ita, ut quæ in ea fuit naturæ vis, (nam originem habet a jure gentium) in ea maneat post capitis deminutionem l. 2. §. 2. h. t. Igitur adfert, inquiet aliquis, capitis minutio alterius causæ præjudicium? Et ita est: sed ut manet naturalis æquitas post capitis deminutionem; sic Prætori pro sua humanitate visum, ei qui suam actionem nullo suo vitio, sola juris scrupulositate amisit, actionem utilem restituere l. 1. §. 2. D. de in integr. restit. Extat hanc in rem sequens Edictum. *Qui quæve, posteaquam quid cum his actum contractumve sit, capite deminuti deminutæve esse dicentur, in eos easve perinde quasi id factum non sit, judicium dabo.* Hæc verba debemus Ulpiano l. 2. §. 1. h. t. Sed desiderantur aliqua. non minus enim in hac, quam in cæteris causis petendæ in integrum restitutionis, positum a Præторе fuit tempus anni utilis. Deinde ubi hic vestigium causæ cognitionis? Modestinus tamen l. 3. D. de in integr. restit. Omnes, inquit, in integrum restitutiones, causa cognita, promittuntur. Quid, si igitur Edictum sic restituam? *Qui quæve, posteaquam quid cum his actum contractumve sit, capite deminuti deminutæve esse dicentur, in eos easve perinde quasi id factum non sit, intra annum, quo primum experiundi potestas erit, causa cognita, judicium dabo.* Hoc Edictum (ut Ulpianus observat l. 2. h. t.) pertinet ad eas capitis deminutiones quæ salva civitate contingunt: id est, quæ pertinent ad species minimæ capitis deminutionis. cæterum siue amissione civitatis, siue libertatis amissione, contingat capitis deminutio, (his verbis maxima & media capitis deminutio describitur) cessabit Edictum: quia alterutram passi, non possunt hi penitus conveniri. dabitur plane actio in eos, ad quos bona pervenerunt eorum. sic Ulpianus. idemque Paulus, & aliquanto plenius l. 7. §. 2. §. 3. h. t.

Ait Prætor, *Posteaquam.* Igitur debet obligatio præcessisse capitis deminutionem. quid si secuta sit? Ulpianus d. l. 2. §. 2. sic scribit: Hi qui capite minuuntur, ex his causis quæ capitis deminutionem præcesserunt, manent obligati naturaliter: cæterum si postea, imputare quis sibi debebit, cur contraxerit, quantum ad verba Edicti pertinet. sed interdum, si contrahatur cum his post capitis deminutionem, danda est actio: & quidem si adrogatus sit, nullus labor; nam perinde obligatur, ut filius familias. Sic Ulpianus: ad quem addi potest Cujacius lib. 7. Observ. c. 11.

Deinde ait Prætor, *Actum, contractumve.* Quid sit, *actum*, quid *contractum*, tractat Labeo apud Ulpianum l. 19. D. de verb. signif. Illud quæsitum fuit, an sub his verbis etiam delicta in hoc Edicto comprehendantur. Sed negat Ulpianus l. 2. §. 3. h. t. nemo, inquiens, delictis exuitur, quamvis capite minutus sit. Similiter fuit dubitatum, an jus testandi pertineat ad hoc Edictum. proposita illa quæstio est in l. 20. D. de verb. signif. est enim ex Ulpiani lib. 12. Ad Edictum, ex quo est etiam l. 2. h. t. ubi & præsens Edictum.

Porro ait Prætor, *Judicium dabo.* Hoc judicium est restitutorium, ideoque utile: directo quod ante competebat, juris subtilitate extincto. est autem perpetuum, & datur heredibus, nec minus adversus heredes d. l. 2. §. ult. Plane interdum non restituitur creditori actio: ut, si sit justa causa, cur non restituatur. non enim simpliciter promittit Prætor eam restituere: sed causa cognita; ut supra monui in conceptione Edicti. & est exemplum in l. 2. §. 4. h. t. Simile in l. 11. D. de judiciis. nam hæc quoque est ex Ulpiani lib. 12. Ad Edictum;

ideoque huc bene revocatur.

* * *

T I T U L U S VI.

Ex quibus causis majores viginti quinque annis in integrum restituuntur

EX causis petendæ in integrum restitutionis ab Ulpiano & Paulo enumeratis l. 1. §. 2. D. de in integr. restit. sequitur quinta, quæ est absentia. de qua in l. 1. §. 1. h. t. extat Edictum, sed affectum, & ita restituendum. *Si cujus quid de bonis deminutum erit, cum is metu, aut sine dolo malo, reipublica causa abesset: inve vinculis, servitute, hostiumque potestate esset, posteave: siue cujus actionis eorum cui dies exisse dicetur. Item, si quis quid usu suum fecisset: aut quod non utendo amissum sit consecutus: actioneve qua solutus ob id quod dies ejus exierit, cum absens non defenderetur: inve vinculis esset, secumve agendi potestatem non faceret, aut cum eum invitum in jus vocari non liceret, neque defenderetur: cumve Magistratus de ea re appellatus esset, siue cui per Magistratus sine dolo ipsius actio exempta esse dicetur: earum rerum actionem intra annum, quo primum de ea re experiundi potestas erit. Item si qua alia mihi justa causa esse videbitur, in integrum restituam: quod ejus per Leges, Plebiscita, Senatusconsulta, Edicta, Decreta Principum licebit.* Sic restituendum fuisse Edictum, in sequentibus ostendetur. Interim causam videamus. eam Ulpianus l. 1. h. t. dicit esse justissimam: læsum enim jus per id tempus quo quis reipublicæ operam dabat, vel adverso casu laborabat, corrigi. necnon & adversus eos succurri; ne vel ob-

fit, vel profit quod evenit.

Principio ait Prætor: *Si cujus quid de bonis deminutum erit, cum is metu, aut sine dolo malo reipublica causa abesset, inve vinculis, servitute, aut hostium potestate esset.* Florentiæ desunt verba, *Deminutum erit.* sed extant in Accursii exemplari; etiam in Basilicis: ut observat Cujacius lib. 24. Observ. c. 40. præterea agnoscit illa Alexander l. 2. C. de restitut. milit. puto, verissime: alioquin nullo Edicti sensu. Vix opus moneri, verbum, *Cujus*, in Edicto valere, Alicujus. Illud non silebo, quod Prætor absentibus restitutionem non pollicetur statim, sed demum, si quid de eorum bonis deminutum erit: ac nec sic aliter, quam cum is metu, aut sine dolo malo reipublicæ causa abesset: inve vinculis, servitute, hostiumque potestate esset. Primum adjuvat Prætor hos, qui metu causa abfuissent; scilicet, si non supervacuo timore abfuissent l. 2. §. 1. h. t. Ulpianus l. 3. sic ait, *Metus causa abesse videtur, qui justo timore mortis vel cruciatus corporis conterritus abest: & hoc ex effectu* (melius Florentiæ est, *ex affectu*: nam metus est motus animi; ut ex Frontone dixi Tit. 2. hujus libri) *ejus intelligitur. sed non sufficit, quolibet terrore adductum timuisse. sed hujus rei disquisitio judicis est.*

Deinde adjuvat Prætor eos, qui sine dolo malo reipublica causa affuissent. Abesse reipublicæ

blicæ causa puta, qui ab Urbe Roma absunt ejus Urbis gratia, Paulus *l. 35. §. 3. h. t.* dicit, qui reipublicæ gratia extra Urbem aberit. nam Roma proprie dicitur Urbs; atque ejus reipublica. ideo placet, eos qui Romæ operam dant reipublicæ, ut sunt Magistratus, reipublicæ causa non abesse *l. 5. §. 1. & l. 6. h. t.* Milites plane qui Romæ militant, pro reipublicæ causa absentibus habentur *l. 7.* non tamen ex hoc Edicto; sed ex Constitutione D. Pii *l. 35. §. 4. h. t.* Illud quæri potest, ex quo tempore quis incipiat, & quo tempore desinat, ab Urbe abesse, id vero Modestinus lib. 9. Regularum sic definivit *l. 32. h. t.* *Abesse reipublicæ causa intelligitur & is qui ab Urbe profectus est, licet nondum provinciam accesserit; sed & is qui excesserit, donec in Urbem revertatur.* Ita legit Jacobus Cujacius lib. 12. *Observ. c. 32.* & res postulat: cum vulgo edatur, *provincia excesserit.* Sed non sufficit, quem abesse ab Urbe; nisi absit reipublicæ causa: id est, ob munus publicum, sive reipublicæ administrandæ causa. Non opis exemplis. occurrunt complura in *l. 32. & seqq. h. t.* Plus vult Prætor, eum abesse sine dolo malo: monetque Ulpianus *l. 5. h. t.* quod adjectio, *Doli mali*, tantum refertur ad absentes reipublicæ causa; non ad eum qui metus causa absit. & causatur: quoniam nullus metus est, si dolus intercedit. cæterum occupandæ erant cavillationes eorum, qui sui commodi causa absentes, prætendunt causam reipublicæ. Callistratus *l. 4. h. t.* id declarat exemplis; ut solent Jurisconsulti. Primum ait, se accepisse, Dolum malum pertinere eo; ut qui potest reverti, neque reverteretur, in eo quod per id tempus adversus eum factum est, non adjuvetur. Hoc primum exemplum. Alterum; veluti, si alterius grandis commodi captandi gratia id egerit, ut reipublicæ causa abesseret, (&) revocatur ab isto privilegio. imo *l. 5.* addit Ulpianus, & qui data opera & sine lucro hoc affectaverit, vel qui maturius profectus est, vel litis gratia cœpit reipublicæ causa abesse. Ita illi; nec mihi tempero; ne putem, pleaque respicere ad legationes liberas, a Senatu impetrari solitas aut privati ornamenti, aut privatæ rei gratia. De talibus legationibus more suo complura erudite attulit Gulielmus Budæus, V. CL. *Annot. reliq. ad Pand. p. 119. & seqq.* Sane huc pertinet hoc Ulpiani *l. 14. D. de legationib.* *Qui libera legatione abest, non videtur reipublicæ causa abesse:* & hæc adfertur ratio: *Hic enim non publici commodi causa, sed sui abest.* Sic verissime legit D. Budæus. Sit igitur hæc summa, quæ est Ulpiani *l. 36. h. t.* *Reipublicæ causa abesse eos solos intelligimus, qui non sui commodi causa, sed coacti absunt.* Nempe, qui sui commodi causa absunt, ut in libera legatione, volentes absunt; non inviti absunt. non enim tenentur talem legationem impetrare a Senatu: sed si volunt, petunt; si nolunt, nemo cogit eos petere. at qui reipublicæ causa absunt in legatione, illi coacti absunt: quia necessario absunt, non volentes ob suum commodum; sed adstricti jure civitatis ad obeunda munera publica: etsi non utique sint coacti; cum possint cogi multa dicta, & pignoribus captis. Finiam; si adjecero hoc ex *l. 38. §. 1. h. t.* Tamdiu reipublicæ causa abesse quis videtur, quamdiu officio alicui præest. quod si finitum fuerit officium, jam desinit abesse reipublicæ causa. sed ad revertendum illi tempora computabimus statim, atque desinit reipublicæ causa abesse, ea quibus reverti in Urbem potuit: & erit moderatum, tempora ei dare quæ Lex revertentibus præstitit. quare, si quo

deflexerit suæ rei causa, non dubitabimus, id tempus ei non proficere: habitaque dinumeratione temporis quo reverti potuit, statim eum dicemus desisse reipublicæ causa abesse. Plane, si infirmitate impeditus, continuare iter non potuit, habebitur ratio humanitatis: sicuti haberi solet & hiemis, & navigationis, & cæterorum quæ casu contingunt.

Ut initio dixi, etiam ei qui in vinculis fuisset, hoc Edicto succurritur. Quid autem sit, in vinculis esse, pluribus exponit Callistratus *l. 9. h. t.* primum animadvertit, a Prætoris dici, *Qui in vinculis fuisset;* non in custodia. itaque Edicti verba non solum pertinere ad eum qui publica custodia, quam Labeo putat solam vocari custodiam, jure coercetur: sed ad eum quoque qui a latronibus aut prædonibus vel potentiore vi oppressus, sine jure vinculis coerceretur. ac facit huic interpretationi: quod alibi Venulejus, *Vinculorum*, inquit, *appellatione vel privata, vel publica vincula significant, custodia vero tantum publicam custodiam l. 224. D. de verb. signif.* Non ad hoc subsistit Callistratus; præterea quærit, quid vinculorum appellatione contineatur? ait autem, latius accipi: nam placere, etiam inclusos veluti lautumiis, (de quibus infra sub Titulo *De aleatoribus*) victorum numero haberi: non ex proprietate vocabuli, (quam in interpretatione Legis Eliæ Sentia recte sequutus est Ulpianus *l. 216. D. d. t.*) sed ex mente Prætoris. & hanc adfert rationem Callistratus: quia nihil interest, parietibus, an compedibus, teneatur. quod unice intendit, & prævenire voluit Prætor. Ulpianus *l. 10. sequente* amplius ait, in eadem causa esse qui a militibus, statoribusque, vel a municipalibus ministeriis (id est, ministris, ut alibi sæpe) adservantur: si probentur rei suæ superesse non potuisse. imo ait, in vinculis accipi eos qui ita alligati sunt, ut sine dedecore in publico parere non possint.

Sed redeo ad Edictum, eo succurritur quoque ei qui in servitute fuerit. Et observat Callistratus *l. 11. h. t.* ita jus esse, sive bona fide serviat homo liber, sive detentus sit. quod ut intelligatur, monendum est, aliud esse, in servitute esse; aliud, servum esse: sicut aliud est, in libertate esse; aliud, liberum esse: item aliud, esse in possessione, aliud possidere. Prætor autem non loquitur de servo: (is nihil potest habere, nec amittere quidquam) sed de homine libero, qui potest habere aliquid, & dum in servitute est, idem potest amittere, eo quod de facto impeditur jus suum exequi. Sit igitur hic Callistrati sensus: quod hoc Edicto etiam succurritur homini libero qui fuit in servitute; sive alii servivit bona fide, sive ab alio vi detentus fuit quasi servus. nempe ut, quod amisit destitutus agendi facultate, dum in servitute fuit, per in integrum restitutionem recipiat hoc Edicto. Plane ait Ulpianus *l. 12. h. t.* quod is qui de statu suo litigat, hoc Edicto non continetur, ex quo lis inchoata est; id est, ex quo lis est ordinata: quia inde, etsi servus sit, pro libero habetur, ac potest agere, cum adversus alios, tum adversus dominum *l. 24. D. & l. 14. C. de liberal. caus.* & si non fuit sua libertate usus, & damnum passus; non prodest ei hoc Edictum. cæterum, quamdiu lis cœpta non est, tamdiu est in servitute, & hoc Edicto continetur. De eo quæsitum fuit, si quis servus domini testamento liber & heres institutus, aliquid gessit post factum quidem testamentum, sed ante mortem domini. Hæc

quæstio proponitur l. 13. h. t. in qua ait Paulus, Labeonem recte existimasse, eum qui liber & heres institutus sit, Edicto non contineri, antequam heres est, id est, ante domini mortem. primum, quia ante nondum liber, ante non habuit bona. deinde loquutus Prætor fuit de hominibus liberis: non etiam de servis. aliud in filiofamilias putat Paulus, utique si habeat castrense peculium d. l. 13. §. 1. sub quo & quasi castrense intelligi potest. præter hæc enim jure Pandectarum nec filiusfamilias magis proprium habebat, quam servus.

Ut supra dixi, hac parte Edicti etiam subvenitur ei qui in hostium potestate fuit. Talem vero Callistratus l. 14. h. t. interpretatur ab hostibus captum. an & transfugas? minime. Transfugis, inquit Callistratus, nullum credendum est beneficium tribui, quibus negatum est postliminium. cæterum putat Callistratus, non valde opus fuisse hac Edicti clausula: quin potuisse eos qui in hostium potestate essent, illa contineri Edicti parte qua Prætor loquitur de his qui in servitute fuerint. Sic Callistratus. an vere, nescio. nisi placet, eum qui in servitute est, non utique esse servum. at servum etiam in servitute esse, vix negari posse. utcumque erit: quid novum, dubitationis tollendæ gratia, aliquando in Edictis poni alioquin non necessaria l. 1. §. 7. D. de Edict. Edict.

Deinde in Edicto subjecit Prætor, *Postea*. Hæc vox deest in Florentino exemplari: sed servarunt eam editiones pleræque aliæ; atque eo verius: quia eam vocem tamquam Edicti interpretatur Ulpianus l. 15. §. 3. h. t. quærit certe, quomodo sit accipiendum, quod simpliciter Prætor edixit, *Postea*. nã si inchoata sit bonæ fidei possessoris detentatio (de quo verbo D. Dukerus, vir doctus *Not. ad Opusc. De Latin. Vet. Jurisc. p. 436.*) ante absentiam, finita autem reverso; potest dubitari, an & quamdiu locum habeat restitutionis auxilium. ea quæstio est propter verbum, *Postea*: quo simpliciter usus est Prætor. sed putat Ulpianus, esse temperandam verbi latitudinem; ut absurditate careat: & adjuvandum absentem, postquam reversus est, non quandoque, (id est, non quodcumque) sed ita demum, si intra modicum tempus, quam rediit, hoc contigit, id est, dum hospitium quis conducit, sarcinulas componit, quærit advocatum. nam (id est, plane, cæterum: ut alibi sæpius) eum qui differt, non esse audiendum, Neratius scribit. Et est ratio, quam in l. 16. h. t. subjecit Paulus: quod non negligentibus subvenitur, sed necessitate rerum impeditis. totumque illud arbitrio Judicis temperabitur: id est, ut ita demum restituatur, si non negligentia, sed temporis angustia non potuerunt litem contestari.

Sequitur in Edicto: *Sive cujus actionis eorum cui dies exisse dicetur.* Ex his verbis apparet; quod Prætor ex superioribus causis in integrum restitutionem promittit non modo, si alicujus quid de bonis (id est, de ejus dominio aut quasi dominio) usufructu sit deminutum: sed etiam si cujus actionis dies exierit, id est, si cujus debitor liberatus sit eo, quod ejus actio sua die non sit instituta. Imp. Alexander utrumque (et si tantum attingit casum absentia, quia de hoc solo, ut quidem mihi videtur, erat consultus) in l. 2. C. de restit. milit. sic exprimit. *Si quid de bonis eorum qui reipublica causa absentes sunt, deminutum est, actioneve qua competente eis aliquis liberatus fuit, in integrum restitutio perpetua jurisdictione intra annum utilem permittitur.* Illud miror: quod uterque, & Præ-

tor, & Alexander, a bonis separat obligationes: cum hæc æque sint in absentis bonis, ac dominia & quasi dominia; nec minus quid de bonis deminuat, ubi dies actionis in personam exit, & tempore liberatur debitor, quam cum quid usufructu capitur, & præsentis dominium acquiritur. Sed minime insolens est, quæ eodem redeunt, a Veteribus separari plenioris intellectus gratia.

Æque mirere: quod Edicti verba tantum de restituendo damno loquuntur; non etiam de restituendo lucro. sic enim sonant: *Si cujus quid de bonis deminutum erit, sive cujus actionis dies exisse dicetur.* & tamen Veteres hanc indulgent restitutionem non modo propter damnum, si quod incidit, sed etiam ob lucrum, si quod periit: nec curant, quod magis sic nihil acquiritur, quam quid de bonis deminuitur: Edicti verba spectantibus. Sed mihi videntur Veteres credidisse, non alienum esse a benignitate Prætoris; ut absenti, verbi gratia, æque in lucro atque in damno succurratur: certa ejus mente, omni modo providere, ne cui ulla via obsit, quod absuit reipublicæ causa. Præter Paulus l. 27. h. t. verba Pauli. *Et sive quid amiserit, vel lucratus non sit, restitutio facienda est: etiam si non ex bonis quid amissum est.* Sic Paulus; &, ut videtur, infinite. Non tamen hoc voluit Paulus. Quo argumento? claro & certo ex l. 18. h. t. conjungenda cum d. l. 27. sicut ei cohæsit olim; cum utraque sit ex eodem libro xii. Ad Edictum. Quid ibi? sic ait: *Sciendum est, quod in his casibus restitutionis auxilium majoribus damnis in quibus rei duntaxat persequenda gratia queruntur: non cum & lucri facienda ex alterius pœna vel damno auxilium sibi impetiri desiderant.* Pauli sensus est, Quod modo dictum, Prætorum majoribus auxilium ferre non solum, ne damnum habeant ob casus in Edicto expressos; sed etiam, ne perdant lucrum quod habuissent, nisi tales extitissent casus; non in omni lucro procedere; sed duntaxat, si id sine alicujus pœna aut damno petant magis rei suæ persequendæ gratia: qualis est casus in l. 17. §. 1. h. t. cæterum si sperent, lucrum habere demum ex alterius pœna aut damno; in hoc eos restitui, non placere. Sic censeo. & exemplum lucri quod petatur ex alterius pœna, est in l. 37. D. de minoribus: ejus vero quod sit ex alterius damno, est quod accipitur ex usufructu. Scio: inventa hæc est bono publico. sed nihilominus conjuncta cum damno negligentis inquirere in res suas. hanc igitur si inchoaverit bonæ fidei possessor, sed non potuerit implere propter superiores causas; non est in integrum restitutio: quia ut lucrum facere possit, impleta usufructu; tamen non petit a Præatore auxilium sine damno domini. Papinianus l. 20. h. t. sic effatur: *Nec utilem actionem ei tribui oportet: cum sit iniquissimum, auferre domino quod usus non abstulit. neque enim intelligitur amissum quod ablatum alteri non est.*

Antequam discedam a priore Edicti parte, qua Prætor absenti subvenit adversus præsentem, non debui omittere, quod tam late patent Edicti verba: ut ei qui coactus absit ex causis Edicto expressis, in integrum restitutionem indulgeant sine exceptione, sive habuit procuratorem, sive non habuit: non enim distinguunt. Idque observavit, nisi fallor, Ulpianus l. 26. §. 9. h. t. & recte: nam si rem spectamus: quid imputetur ei qui non reliquit procuratorem: cum non suo abest arbitrio, sed coactus, præter opinionem; eoque non

non potuit de procuratore deliberare, aut non habuit ejus constituendi facultatem. Longe aliter se res habet; si voluntaria, aut prævisa sit absentia: qualis est quæ studiorum causa, aut a relegato, suscipitur. licet enim vel has ob causas restitutio fiat ex generali Edicti clausula, de qua postea: tamen potest læso utraque objici in specie; cur sciens se abfuturum, & habens tempus ad ordinandas res suas, domi non reliquerit procuratorem, per quem eastueretur. Si tamen hi reliquerint procuratorem, & is non egerit, vel sit mortuus; dum alter studiorum, alter relegationis, causa abest: ne sic quidem fuerit iniquum, audiri illos: quibus jam nil potest imputari, quod neque per se, neque per procuratorem, defenduntur: atque ita quoque Ulpianus d. l. 26. §. 1. § l. 28. h. t.

Exposita est prima Edicti pars: sequitur altera in hæc verba. *Item, si quis quid ususuum fecisset, aut quod non utendo amissum sit* (ita legendum, non amissum: ut liquet ex l. 21. h. t.) *consecutus: actione-ve qua solutus ob id quod dies ejus exierit, cum absens non defenderetur: inve vinculis esset, secumve agendi potestatem non faceret, aut cum eum invitum in jus vocari non liceret, neque defenderetur: cumve Magistratus de ea re appellatus esset, sive cui per Magistratus* (sic scripsi ex l. 26. §. 4. h. t. cum passim edatur, pro Magistratu) *sine dolo ipsius actio exempta esse dicetur.* Hanc clausulam Prætor inseruit, ut quemadmodum succurrit superscriptis personis, ne capiantur, ita & adversus ipsas succurrit, ne capiant d. l. 21. Et erit notandum; quod plus Prætor expressit, cum adversus eos restituit, quam cum ipsis subvenit, nam hic non certas personas enumeravit, adversus quas subvenit, ut supra, sed adjecit clausulam qua omnes qui absentes non defenduntur, complexus est d. l. 21. §. 1. Erat vero æquitatis, ne absentia qualiscumque, sive justa, sive injusta, alicui pro sit cum aliena injuria: & contra, ne in integrum restitutio læso concedatur propter absentiam aliam, quam probabilem aut necessariam. Interim ut in superiore, sic in hac, parte duo desiderantur. primum adversarii absentia, vel ut in vinculis fuerit, vel contumax vel Magistratus. deinde ut eas ob causas ex bonis quid exierit.

Fit igitur hac parte restitutio primum, si reipublicæ causa absens, usucapiebat rem meam; nec ego poteram agere: quia nemo erat ejus defensor. fit deinde, si præsens non utendo amisi usumfructum, verbi gratia, & absens non defendebatur. tertio fit, si absens qua temporali actione sit liberatus, dum nemo vult eum defendere. addit Ulpianus d. l. 21. §. 2. quod hæc restitutio, quatenus ad usucapionem, obtinet; sive per se, sive per subjectas sibi personas, qui absentes sunt, usucapiebant. unum exigitur eo in casu & in cæteris; ut non sit defensor. nam (ut ait Paulus l. 39. h. t. respicit enim ad hanc partem) *is qui reipublicæ causa abfuturus erat, si procuratorem reliquerit, per quem defendi potuit, in integrum volens restitui non auditur.* Inde quæsitum fuit, quis dicatur defendere? vix opus erat moneri, quod si sit procurator habens mandatum, videtur defendere d. l. 21. §. 2. subicit igitur Ulpianus §. sequente, etiam defendi eum cujus defensor se ingerit, id est, se sponte sine mandato offert defensionem. amplius, inquit, defendi, si qui requisitus ab actore, non est defensionem defuturus: plenaque defensio accipitur, si & judicium non detrectetur, & judicatum solvi satisfidetur. Ergo non aliter locum habebit hoc Edictum, quam

si amici ejus interrogati fuerint, an defendant, aut si nemo sit qui interrogari potest: oportetque ea testatione complecti. l. 22. h. t. Aliquis dicat: quid opus restitutione hac in parte? nam si absens non defendatur, potest peti missio in bona ex primo decreto; & si latitet, etiam ex secundo. Sed huic scrupulo dupliciter respondet Ulpianus d. l. 21. §. 2. versic. *Ceterum.* Primum ait, in hoc Edicto non utique quæri de latitante, sed de absente, quamvis justa ex causa. deinde ait; quod creditor adversus absentem facile quidem impetrat decretum primum; sed non æque facile impetrat secundum. quin ex primo decreto solam accipit custodiam, seu detentionem: per quam non sit securus creditor; cum per eam non interpellatur usucapio. Nec hoc omittendum credidit Paulus d. l. 22. §. 2. Labeonem censere, hac parte Edictum etiam ad furiosos, & infantes, & civitates, si non defendantur, pertinere.

Satis de restitutione quæ fit, si absens non defendatur. at non hoc fine substitit Prætor. præterea promisit restitutionem, *Si quis cum in vinculis esset, præsentem usucapione, verbi gratia, læsit.* scripsit ad hunc articulum Ulpianus l. 23. pr. §. 1. 2. 3. h. t. & addi potest Cujacius lib. 22. Observat. c. 17.

Porro ait Prætor, *Secumve agendi potestatem non fecerit.* Hæc verba eo pertinent; ut intelligamus, restitutionem hac Edicti parte etiam concedi adversus eum qui præsens non faceret secum agendi potestatem, quo facilius usucapio impleteretur, vel dies actionis temporalis exiret, si non haberet defensorem. ita Ulpianus d. l. 23. §. 4. ubi tamen observandus est versus, *Nec enim sufficit semper.* Nam hoc versu Ulpianus tacite occurrit objectioni quam facere poterat aliquis: arbitratus, non esse causam, cur hic sit restitutioni locus: posse enim actori consuli Edicto Quibus ex causis in possessionem eatur; de quo l. 7. §. 1. D. *Quib. ex caus. in poss. eat.* Sed respondet Ulpianus, id Edictum loqui de latitante: & facile incidere causas; cur quis non videatur latitare. præterea, si latitet, posse fieri, ne Edictum procedat. exempla sunt in d. l. 23. §. ult. l. 24. l. 25. l. 26. pr. h. t.

Sequitur in Edicto: *Aut cum eum invitum in jus vocare non liceret, neque defenderetur, cum Magistratus de ea re appellatus esset.* Ad hæc verba Ulpianus l. 26. §. 2. § 3. h. t.

Pergit Prætor: *Sive cui per Magistratus* (ita legendum, non, pro Magistratu, ut modo dixi ex d. l. 26. §. 4.) *sine dolo ipsius actio exempta esse dicetur.* Hoc quo, vide d. l. 26. §. 4. § seqq.

Sequitur tertia Edicti pars. *Item, si qua alia mihi justa causa esse videbitur, in integrum restituam.* Hæc clausula (inquit Ulpianus l. 26. §. 9. h. t.) Edicto inserta necessario est: & præfatur, quod potuerunt multi intervenire casus qui deferant, (id est, qui possint deferre) restitutionis auxilium: nec in priore aut posteriore Edicti parte (ad utramque enim hæc pertinet clausula) singulatim potuerunt enumerari. igitur placet ei, quoties æquitas suggerit restitutionem, ad hanc clausulam descendere. res exemplis aliquot fiet clarior. Unum tale est: Aliquis cum fungeretur legatione pro civitate, læsus est absentia. is reversus, petit a Præatore restitui: quod dicit, se abfuisse reipublicæ causa. an recte? poterat dubitari: quia est una Populi Romani respublica: cæteræ civitates privatorum loco habentur l. 16. D. de verb. sign. Atqui dicitur quoque respublica civitatis, & simpliciter respublica quæ est

civitatis aut municipii, non opus exemplis : occurrunt passim. Hoc tamen abusive fieri, Ulpianus auctor est *l. 15. d. 1.* Nihilominus si quis abfuerit a sua civitate legatus : putat Ulpianus *d. l. 26. §. 9.* æquissimum esse, eum restitui : non ex priore Edicti parte : sed ex generali clausula, *Item, si qua mihi alia justa causa esse videbitur.* Nam licet propriè non abfuerit reipublicæ, id est, Urbis Romæ, causa : est tamen eadem ratio quæ foret ; si ab Urbe Roma ejus causa abfuisset. itaque addit Ulpianus, (quod forte & respicit Paulus *l. 8. h. 1.*) etiam sapissime esse constitutum, adjuvari eum debere : atque indistincte, si habuit procuratorem, si non, de quo in antecessum dixi. Simile putat Ulpianus *d. §. 9.* si quis testimonii causa sit evocatus ex qualibet provincia, vel in Urbem, id est, Romam, vel ad Principem, etsi enim nec hic absit reipublicæ causa, tamen æque coactus abest, ac si reipublicæ causa abesset. ideoque non minor fuerit æquitas eum restituendi, quam futura esset, si reipublicæ causa abfuisset. Idem dicit Ulpianus *d. loc.* de his qui cognitionis gratia, vel appellationis, sunt peregrinati : & generaliter, quotiescumque quis ex necessitate, non ex voluntate abfuit, oportere ei subveniri. imò Ulpianus *l. 28. h. 1.* latius porrigit indulgentiam Prætoris. quid enim, si quis studiorum causa absens & læsus sit, forte mortuo procuratore? an poterit restitui? non potest videri ex necessitate abfuisse. contra abfuit ex voluntate. interim abfuit ex causa maxime probabili. putat igitur Ulpianus, adhuc deliberare debere Prætorem, an ei subvenire debeat, ne decipiatur per justissimam absentiae causam. Est & alius casus *§. 1. d. l. 28.* Aliquis fuit sub fidejussorum datione ; & est propterea captus seu læsus, quod de loco recedere non potest : id est, promisit, se de loco quo est iussus sisti, non decessurum. is eo nomine dedit fidejussorem ; & uterque se obligavit ad pœnam certam, quæritur, an ei danda sit in integrum restitutio. forte dices : non est sub custodia ; nec magis est in vinculis. quid, si tamen non potest decedere de loco, ob metum pœnæ? putat igitur Ulpianus, deficere quidem verba primæ & secundæ partis Edicti ; sed non deficere generalem clausulam, *Item si qua mihi alia justa causa esse videbitur.* proinde, inquit, & restituetur, & adversus eum restituetur. Longius res abiret : si exquerer omnia, sunt enim plura *l. 26. §. 1.* & alibi sub hoc Titulo, item *l. 1. §. 9. D. de itin. act. priv.* Non silebo tamen, quod solet quæri, & anxie : an huc pertineat querela dicentis, se rem suam præscriptione decem, viginti, aut triginta, annorum amisisse probabili errore seu justa ignorantia. Hoc a multis seculis sedet Interpretibus plerisque magni nominis. at mihi videtur a ratione juris plane alienum. Primum ait Justinianus in fine *l. ult. C. de præscript. long. temp.* præscriptionem longi temporis procedere, nulla scientia vel ignorantia expectanda. at si in integrum restitutio, adversus eam præscriptionem daretur ex causa ignorantie : utique in ea, ut procederet, aut adesse scientiam, aut non adesse ignorantiam oporteret. Accedit, quod idem Imperator *l. unic. C. de usuc. transform.* ait, fuisse olim jus impletæ usucapionis, ut dominis ad res suas nullus servaretur regressus, etsi nescientibus ; idemque hodie custodiri, transformata usucapione, & ampliato temporis spatio. Insuper constituere Honorius & Theodosius *l. 3. C. de præscript. trig. vel quadr. ann.* longissimi temporis præscriptionem (nam de ea agunt) sine distinctione nocere omnibus ; dumtaxat ex-

cepta pupillari ætate : ita nec militiam excusare, nec absentiam, nec sexus fragilitatem. qui igitur excusabit ignorantia? Ut hæc mittam : quis ignorat, usucapionem, præscriptionemque non esse inventam adversus scientes, sed contra ignorantes & imprudentes ; scientibus & intelligentibus numquam passuris, res suas ab aliis possideri, & usucapi. proinde, si quis sustineat, ignorantem succurrere adversus usucapionem, præscriptionemve : quid futurum erit ; nisi ut enervetur jus usucapionis, præscriptionisve, magno cum reipublicæ detrimento : cuius interest, certa esse rerum dominia, & aliquando litibus adferri finem : ideoque unumquemque in res suas inquirere, aut alioquin eas, non minus suas negligentia, quam sua voluntate, amittere. At enim est generalis hujus Edicti clausula : sua latitudine tam justam ignorantiam, quam justam absentiam complexa : pari præsertim utriusque ratione. Sed videamus, ne hæc comparatio non ex vero ducat colorem. nam absentem facile excusat necessaria aut probabilis causa : at ignorantia proficiens a negligentia in res suas non inquirentis, quam meretur veniam? plane nullam. Nisi ex *l. 1. §. 9. D. de itin. act. priv. §. 1. 35. D. de serv. rustic. præd.* potest dici, quod impedito uti servitute non currit præscriptio : certe oportet eum restitui ex generali hujus Edicti clausula. At ea loca loquuntur de justo & inevitabili impedimento quod natura adferat : præsens autem quæstio est de ignorantia cui causam præbuit negligentia, diligente inquisitione evitabilis, & in jure quod vigilantibus scribitur, numquam probabilis. Ejusdem farinae est : quod ex *l. 1. §. 2. C. de annal. except.* dicitur, non valenti agere non currere præscriptionem. Nam ea lex loquitur de impedimento non facti, sed juris. Illud vix dignum refutari, quod hic præterea jactatur de æquitate adversus rigorem Juris observanda. Non enim bonus & sapiens Jurisconsultus, quam in republica vocamus æquitatem, umquam æstimat opportunitate hujus aut illius privati hominis ; sed communi civitatis utilitate. Tryphoninus *l. 31. D. Depositi* dicit, non ex mero jure gentium, sed ex præceptis civilibus & prætoriis. Verum justus error in *l. 2. D. de in integr. restit.* numeratur inter causas petendæ in integrum restitutionis. Non inficior. sed is justus error non est qualis qualis, sed qui potest merito cadere in hominem constantissimum. est ejus exemplum *§. 33. Inst. de actionib. & tit. D. Quod fals. tut. gest. erit.* qualis error non est ille quo de nostra est disputatio.

Vidimus causas ex quibus hæc in integrum restitutio majoribus a Prætore promittitur. porro quid restituatur, disputemus. Ait Prætor : *Earum rerum actionem restituiam.* Igitur restituitur a Prætore actio, Juris Civilis subtilitate amissa, fit autem ea restitutio non directo, sed adhibita fictione : ut solent Prætores, Juris duritiem colore aut fictione emollire. hunc morem pluribus demonstravi *lib. 3. Probabil. c. ult.* & supra hoc Opere in expositione Juris scripti *Tit. 1. lib. 1. pag. 9.* In præsentia eum attingit Justinianus *§. 5. Inst. de action.* ait enim, quod re præsentis usucapta ab absente qui domi non reliquerat defensorem, non potest quondam dominus Jure Civili vindicare rem ; cuius dominus, etsi nulla sua culpa, usucapione esse desit. sed hoc cum durum atque iniquum esset, rescindit, id est, negligit, Prætor usucapionem, tamquam nondum impletam ; eoq; colore patitur, re usucaptam, quasi in bonis veteris domini mansisset, ab eo peti actione in rem, quam Jure civili non

non habebat. inde ea actio dicitur rescissoria: quia rescissa usucapione datur *l. 28. §. pen. & ult. h. t.* dicitur etiam utilis *l. 20. d. t. & l. ult. C. eod. tit.* quia directa per usucapionem extincta Jure Civili, non potest a Prætorē dari; ne faciat adversus leges; quod nolle se profiteretur versu ultimo hujus Edicti, & notatur *l. 28. §. 2. h. t.* Nil tamen vetat, a Prætorē concedi utilem, usucapione, ut dixi, rescissa hoc colore, quasi nondum fuerit impleta. Simile accidit, si exierit dies personalis actionis; non enim potest hac quæ extincta sit, agi Civili Jure. sed si petam restitui: fingit Prætor, non exiisse diem qui jam exiit. ita cum non possum Jure Civili agere actione directa, Prætor utilem mihi indulget Jure Prætorio: hoc colore, quasi dies nondum exierit. Inde quæsitum fuit, utrum hic sit duplex judicium, unum rescindens, alterum rescissorium, an simplex. quæstio ea nata est ab ignorantia antiqui Juris: quo in omnibus speciebus juris ordinarii quodammodo videbatur duplex esse judicium. unum in jure, alterum in iudicio, vertebatur. sed nihilominus una actio, unumque judicium, dicebatur. in jure postulabatur actio & Judex: deinde de facto apud Judicem disceptabatur. Sic olim jus fuit, etiam hoc in casu: donec ipsi Magistratus extra ordinem intervenire ex *l. 2. C. de pedan. judicib.* inde simplex esse cœpit agendi forma, hoc fere exemplo: Cum abessem reipublicæ causa, usucapta a præsentē est res mea. reversus peto restitui in integrum: id est, rescissa usucapione, mihi indulgeri utilem rei vindicationem. judicat Magistratus, an abfuerim reipublicæ causa, & an ea re læsus sim.

Quidquid est: restituitur a Prætorē amissa actio. imo interdum instituitur nova quæ ante non fuit. finge: (quod est exemplum *l. 17. §. ult. h. t.*) relictum alicui est legatum in annos singulos quibus fuerit in Italia. ille per aliquot annos ab Italia abfuit reipublicæ causa. non debentur illi annua, deficiente legati conditione. an potest restitui in integrum? non videtur subtili jure. nam Edictum loquitur de restituenda actione quæ exiit. at hic nulla fuit, deficiente conditione, cum non fuerit in Italia. obtinuit tamen, eum restitui, perinde quasi in Italia fuisset. quod si est; datur nova quasi ex mente Prætoris; cum non fuerit vetus. & recte, quid enim interest, utrum absentia reipublicæ causa illi abstulerit actionem quæ erat; an impediverit, ne nascatur nova: uno Prætoris proposito, ne quid damni habeat absens.

Restituit igitur Prætor ei qui non possidet, actionem. An & ei qui possidet, exceptionem? at de ea nihil edixit Prætor. tantum meminit actionis. sic enim loquitur, *Earum rerum actionem restituam.* Interim sub actione sæpe continetur exceptio: & cui damus actionem, ei multo magis damus exceptionem *l. 156. §. 1. D. de reg. juris.* id in proposito fieri, observat Ulpianus *l. 28. §. 5. h. t.* species talis est. Cum abessem reipublicæ causa, tu usucepisti fundum meum. reversus recepi possessionem sine vitio, ut potest fieri iusta ex causa. tu eum vindicas jure domini, an possum te remove exceptione,

Ex quibus causis majores viginti &c.

105

Extra quam si eum usucepisti, cum abessem reipublicæ causa. Dubitatio est, quod Prætor nihil dixit de exceptione. Ait tamen Ulpianus, quod exemplo rescissoria actionis etiam mihi competit exceptio. id vero significat, quod ea exceptio mihi demum competit, impetrata in integrum restitutione, causa cognita. quomodo de minore dicitur *l. 9. §. 4. D. de jurejurando.* & tamen observandum, quod isto in loco non disputatur de exceptione minoris, etsi appelletur exceptio, sed de replicatione: atque ea ibi est temporalis; cum in proposita specie exceptio, etsi rescissoria, sit perpetua: scilicet, quia actor in tua potestate habet, quando suo jure utatur. is autem cum quo agitur, non habet potestatem, quando conveniatur *l. 5. §. ult. D. de dol. mal. & met. exc.* Non obstat: quod in *l. ult. C. h. t.* sic scribitur: *Exemplo utilis actionis quæ in integrum restituitur datur, cum exceptionis annua (quæ huic obijci solet) obijci res vindicare non prohiberis.* Est enim ejus loci sensus, quod actio in rem utilis, sive rescissoria, a læso debet peti intra annum, & si deinde petatur, peti sero: quia potest ei obijci exceptio annua; id est, exceptio, Extra quam si in integrum restitutio ex forma hujus Edicti, ut oportuit, non est intra annum petita.

Ait igitur Prætor, *Restituam.* Utrum in personam tantum, an etiam in rem? & puto, in rem quoque: Prætorē omni modo agente; ne damnum faceret absentia reipublicæ causa. ut vero id obtineat salva ratione juris: fingit, nondum impletam esse usucapionem quæ re vera impleta est; eoque colore, quasi domino, qui non est dominus, Jure Prætorio concedit actionem in rem utilem adversus qualemcumque possessorem: sicut ante usucapionem habebat directam Jure civili. *§. 3. & 5. Inst. de action.* exemplum in *l. 17. h. t.* est & aliud *l. 30. pr. & §. 1. d. t.* Hoc quoque est consequens verbo, *Restituam:* ut Prætor, læsum reponens in eo statu in quo fuit, antequam læderetur, ei non concedat plus, quam tum habuit, monstrantibus exemplis *l. 26. §. 7. & 8. item l. 41. h. t.*

Vice quoque versa ei non concedit minus. tantum enim vult, omnem ejus causam redintegrari. proinde restitui fructus totius temporis: quo læsus non potuit experiri *l. 28. §. ult. & l. 29. h. t.*

Porro ait Prætor, *Earum rerum actionem intra annum, quo primum de ea re experiundi potestas erit, restituam.* Significat autem annum utilem. atque is ita nominatur *l. 2. C. de restit. milit.* Qua ratione, cum sit rei persecutoria? Sed videtur ideo dari intra annum: quia datur ad rescissionem Juris Civilis *l. 35. D. de oblig. & act.* una exceptio *l. 31. h. t.*

Datur igitur hæc actio intra annum. de cujus computatione agit Ulpianus in *l. 28. §. 3. h. t.* cæterum est annus utilis a Justiniano conversus in quadriennium continuum *l. ul. C. de tem. in integr. est.*

Postrema Edicti clausula est, *Quod ejus per Leges, Plebiscita, Senatusconsulta, Edicta, Decreta Principum, licebit.* Ad hanc clausulam Ulpianus *l. 28. §. 2. h. t.* verbum autem, *Quod,* est, quoad, vel hætenus, vel eo usque dum licebit; ut in *l. 13. D. de exception.*

TITULUS VII.

De alienatione iudicii mutandi causa facta.

EXPOSITIS quinque causis in integrum restitutionis de sex quas collegit Paulus lib. 1. *Sentent. tit. 15.* ex eoque & Ulpiano enumeravit Tribonianus l. 1. § 2. *D. de in integr. restit.* merito expectes sextam quæ est iustus error: nisi ejus exemplum a Veteribus hoc loco explicitum, Tribonianus in compositione Pandectarum transtulisset in Tit. vi. lib. xxvii.: ut jam monui d. Tit. *De in integr. restit.* Ibidem adduxi etiam aliud exemplum iusti erroris ex §. 33. *Inst. de actionib.* Sed hoc utrum proprio Edicto complexus fuerit Prætor, an Edicto antecedentis Tituli sub clausula, *Item si qua alia mihi iusta causa esse videbitur*, reliqui in medio: non assuetus dicere plus, quam scio. Edictum certe de eo speciale non extat.

Igitur quo ducit ordo Pandectarum, pergo ad Titulum *De alienatione iudicii mutandi causa facta*: qui a Veteribus, suadente juris similitudine, subiectus fuit superioribus causis in integrum restitutionis. Id conjicio ex Inscriptionibus Fragmentorum Gaji, Ulpiani, & Pauli sub hoc Titulo. & juvat, quod ex ea quoque causa in integrum restitutio fieri dicitur l. 3. §. 4. *D. § l. unic. C. h. t.* Interim hujus in d. l. 1. § 2. neque vola, neque vestigium est: neque magis in propatulo est ratio. Nisi illa est; quod forma hujus in integrum restitutionis non per omnia est eadem superioribus. nam cum in illis passim rescindatur gestum aut contractum; eoque redintegretur actio juris subtilitate amissa: hac nostra neque alienatio iudicii mutandi causa facta rescinditur, neque actio amissa restituitur. tantum ei cui alienatio a possessore facta sit mutandi iudicii causa, si agere velit, ex ea negatur actio. contra hic qui ea læsus est, retinet directam rei vindicationem adversus novum possessorem; sicut adversus veterem eam habuit ante alienationem. Proponitur tamen ei hoc Edicto adversus alienantem nova in factum actio ad id quod ejus interest, talem alienationem iudicii mutandi causa non esse factam, nisi pristinam iudicii causam arbitrari iudicis restituat. in quo potest videri imago restitutionis; etsi magis sic instituat nova, quam restituitur vetus actio. Sed hoc & alibi observatur in prioribus. Fuit autem ad hujus introductionem in primis necessaria Prætoris auctoritas: quando is cujus res alienata est iudicii mutandi causa, de ea non alienanda cum ejus possessore nihil contraxit. ipsa quoque alienatio neque prohibebatur Jure Civili, neque pro delicto habebatur. interea non oportebat impunitam esse alienationem qua lædi videbatur dominus. placuit igitur Prætori, ne ejus causa ex alieno facto fiat deterior, tam negare effectum alienationis, quam indulgere in factum actionem adversus alienantem ad id quod interest, eam alienationem non esse factam, nisi pristinam iudicii causam restituat arbitrari iudicis: id est, nisi in se suscipiat utilem in rem actionem, perinde ac si possideret l. 1. l. 3. §. fin. l. 8. h. t.

Nunc venio ad Edictum: cujus rationem exponit Gajus l. 1. h. t. sed non adscribit verba: ne summam quidem, saltem integram. Quantum enim liquet, fuerunt duo Edicti Capita. Prius conceptum fuit in hæc verba: *Ne qua alienatio iudicii mutandi causa fiat.* extant hæc in l. ult. h. t. quam, ut

editur, adscribam integram. verba. *Si quis iudicii communi dividundo evitandi causa rem alienaverit, ex Lege Licinia interdicitur ei, ne communi dividundo iudicio experiatur, verbi gratia, ut potentior emptor per licitationem vilius eam accipiat, & per hoc iterum ipse recipiat. Sed ipse quidem, qui partem alienaverit, communi dividundo iudicio si agere velit, non auditur. is vero qui emit, si experiri velit, ex ea parte Edicti vetatur, qua cavetur, Ne qua alienatio iudicii mutandi causa fiat.* Male cohære hæc verba, olim animadvertit Gulielmus Ranchinus, Vir doctus, lib. 3. *Var. lect. c. 15.* atque ea sic reducit in ordinem. *Si quis iudicii communi dividundo evitandi causa rem alienaverit, verbi gratia, ut potentior emptor per licitationem vilius eam accipiat, & per hoc iterum ipse recipiat, ex Lege Licinia ei interdicitur, ne communi dividundo iudicio experiatur. Sed ipse quidem qui partem alienaverit, communi dividundo, & reliqua.* Sic Ranchinus: & aptius, quam Marcianus. Tamen, si me audies, nihil mutandum. est enim Synchusis explicatione adjuvanda sine correctione: cum in receptam lectionem, etsi duram, omnes consentiant libri, & sit hujusmodi Synchusis Veteribus satis frequens: ut antehac notavi lib. 2. *Observ. c. 26.*

Alterum Edicti caput sic confingo. *Si qua alienatio iudicii mutandi causa dolo malo facta esse dicetur, neque pristina iudicii causa restituatur, adversus eum qui alienationem fecerit; ei ad quem ea res pertinebit, quanti ejus interest, alium adversarium non habuisse, intra annum quo primum experiundi potestas erit, in factum actionem dabo.* Prima verba sum mutuatus ex l. 8. §. 1. h. t. expuncta ibi syllaba, *ve*, in *quæve*, supervacua. Sequentia verba, *Dolo malo* extant in §. 3. l. 4. & indicat eorum sensum hoc Gajus l. 1. *Idque data opera in fraudem nostram.* Illa, *Neque pristina iudicii causa arbitrio iudicis restituatur*, probat Paulus d. l. 8. & Gajus l. 3. §. ult. Porro *Anni* meminuit Ulpianus l. 6. Cetera verba, *In factum actionem dabo*, item, *ei ad quem ea res pertinebit, & Quanti ejus interest, alium adversarium non habuisse*, clarent ex l. 1. l. 3. §. 4. §. 5. item l. 4. §. 5. §. 6. h. t.

Hactenus de Conceptione Edicti: sequitur interpretatio. Priore capite cautum fuit: *Ne qua alienatio iudicii mutandi causa fiat.* Scilicet, ne hoc modo alicujus causa fiat deterior ex alieno facto l. 1. h. t. Et est observandum, quod Prætor non minatur, se alienationem iudicii mutandi causa factam, non habiturum ratam: nam aliter consuluit in Edicto Quod metus causa in quo dixit, quod metus causa gestum erit, ratum non habeo, at in proposito dumtaxat dixit, *Ne qua alienatio iudicii mutandi causa fiat*, igitur alienationem fieri vetat. factam non rescindit. is tamen qui emit, si experiri velit, hac Edicti parte vetatur l. ult. h. t. non solito Prætoris, auxilium accommodare ei a quo spernitur l. 37. §. 1. in fin. *D. de minorib. l. 13. §. 1. D. de damn. infect.* Prohibet igitur Prætor, *Ne qua alienatio fiat.* Est autem alienatio, omnis actus per quem dominium transfertur l. unic. *C. de fundo dotali.* Ea vero ut fiat, duo desiderantur: unum est, ut dominium a domino abeat: alterum, ut ad alium veniat. alterutro deficiente, non fit aliena-

alienatio; nec erit Edicto locus. pone, rem venditam, nondum traditam. quia adhuc manet in dominio venditoris, alienata non proprie dicitur: vendita recte dicitur *l. 67. D. de verb. signif.* nam ut commode præcipit Paulus, obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum faciat; sed ut alium nobis adstringat ad dandum aliquid *l. 3. D. de oblig. & act.* sit igitur ita, ut dixi, quod traditionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur *l. 20. C. de pactis.* non est dubium, quin in servientibus subtilitati Capitis, alienationem iudicii mutandi causa prohibentis, non sit ei locus, nisi a misso translatoque rei dominio. Sed non subsistere Veteres intra hæc angustias: intellecto Prætoris consilio, omni modo prospicere; ne alicujus causa specie alienationis deterior fiat ex alieno facto. Nolo mihi credi: sit fides Paulo *l. 8. §. 2. D. h. t.* sic scribenti: *Alienare intelligitur etiam qui alienam rem vendidit.* Ex sermonis forma est conjicere, Paulum in Edicti explicatione, postquam docuerat, alienare proprie esse, rem suam alteri tradentis ex causa ad domini translationem idonea, venditione, verbi gratia: mox quæsiuisse, an etiam alienare intelligi debeat qui ex causa ad domini translationem habili rem alienam transferat. Erat hæc dubitatio, verbi proprietatem retinentibus, minime vana: explorato, rei dominium, etsi potuisset transire a domino tradita, hoc tamen in casu non transferri. Sed mihi videtur Paulus magis de Prætoris fine, quam de verbi subtilitate, sollicitus animadvertisse, translata a non domino rei alienæ possessione iudicii mutandi causa, adversario æque noceri, ac ei noceretur, si dominium iudicii mutandi causa in alium transisset, ac proinde, quod conveniebat Prætoris providentiæ, interpretatus est, alienare esse, etiam transferre possessionem ex causa ex qua dominium, si a domino traderetur, transiturum foret. Nec tantum Paulo illa placuit æquitas: sed etiam Pedio apud Ulpianum *l. 4. §. 2. D. h. t.* interpretanti, *Non solum ad domini translationem hoc Edictum pertinere: verum ad possessionis quoque.* Sic Pedius: nec sine causa sane optima. ea causa est: *Alioquin, cum quo in rem agebatur, si possessione cesserit, non tenebitur.* Sensus Pedii: Si alicui contra placeat, vim Edicti ejus verbis metiri; nec interim ad ejus finem penetrare, is longe errabit; palam effecturus, ut vix usum habeat Edictum, quod a Prætoris utile ac necessarium existimatum est. Ain' vero? experiamur, si vacat. quid egit Prætor? nisi ut dominum, rem suam vindicaturum a non domino, adjuvaret, ne possessio iudicii mutandi causa cum domini injuria in potentio rem transferatur? hoc vero an impetrabit: si Edictum non haberet usum adversus possessorem rei alienæ qui solus convenitur rei vindicatione, & potest possessionem tradere alii; dominium alii cedere non potest.

Superiori dubitationi affinis est sequens, servo iudicii mutandi causa manumisso. nam ne manumissione quidem proprie fit alienatio, etsi dominus ea amittat. servi dominium, cum non transferatur in alium. manumisso tamen servo res eodem reddit, quo veniret, si dominium esset translatum. dicamus igitur, vel hic alienationem fieri ex mente Prætoris; licet resistat verbi proprietas *l. 3. §. 1. h. t.* Incurrit hic & illa inspectio, an alienari videantur jura prædiorum? & putat Ulpianus *l. 4. §. 4. h. t.* Atqui non possunt tradi; cum sint incorporalia *l. 43. §. 1. D. de adq. rer. dom.* Admittunt tamen

quasi traditionem *l. ult. D. de servitut.* quid ni igitur quasi alienentur? id vero sufficit; quia vel hoc modo, quod noluit Prætor, potest deterior fieri adversarii conditio. Caderet & circa legata, heredisque institutionem, dubitatio: nisi eam occupasset Paulus *l. 8. §. 3. h. t.* sic scribens: *Heredem instituendo, vel legando, si quis alienet, huic Edicto locus non erit.* Recte: nam quia talis alienatio est prope necessaria, domino res suas utique morte relicto: quid iniquum est, ei indulgeri solatii loco, ut in amicum quem sua benevolentia non indignum arbitretur, transferat rem quam ipse retinere nequit; nec idcirco credatur litem potius, quam rem transferre? nemine cum ratione futuras lites metuente, ubi nullus erit.

Prohibuit igitur Prætor, alienationem iudicii mutandi causa fieri: & ut generalis est ejus sermo; ita non refert, utrum ab actore an a reo, fiat alienatio, modo ea durior aut molestior obijciatur adversarius, utrique certe parti peræque occurrere, paritati rationis convenit. Exempla alienationis a reo factæ sunt complura *h. t.* est & factæ ab actore aliquod in *l. 11. h. t.* quæ est non indigna hic tractari. Proponitur Titius possessiones, id est, fundos, donasse militi. is miles postulabat suo nomine litigare de possessionibus: id est, consulebat Prudentes; an posset, sicut volebat, eas suo nomine vindicare utilibus forte actionibus: ut in *l. ult. C. de hered. vel act. vend.* Ait Ulpianus, esse responsum, si donatio iudicii mutandi causa fuerit facta, priorem dominum experiri oportere. Ulpianus significat, putasse eos qui consulti fuerant, Edicto locum esse, actore alienationem iudicii mutandi causa faciente: ideoque fore prudentiæ, si ita se comparent Titius & miles, ne miles suo experiatur nomine: sed prior dominus possessiones vindicet perinde, quasi alienatio non esset facta: quia hoc modo creditur rem, illo litem transtulisse: altero offenditur Edictum, altero non. quin restituta possessori pristina iudicii causa, ei nihil relinquitur de quo queratur; cum jam ejus nihil intersit. Sic censeo; & observo, hoc responsum esse ex libris Opinionum Ulpiani: in quibus ille, quod & supra sub Titulo *De procuratoribus* notavi, scripsit consilia, sive remedia, prudentiæ pro molliendo Juris rigore inventa, quæ a Modestino Eurenatica appellantur. Hoc vero responso, sive consilio, sive remedio, duo efficiuntur: unum est, ut sic possit prior dominus utiliter agere rei vindicatione: qua miles priore hujus Edicti Capite agere impeditur, alterum est, quod eo modo fit; ut prior dominus evitet pœnam actionis in factum; qua, alienatione facta iudicii mutandi causa, tenetur secundo Edicti Capite: nisi adversario cujus causam fecerat deteriorem, pristinam iudicii causam restituat *l. 3. §. ult. h. t.*

Verat igitur Prætor, alienationem iudicii mutandi causa tam ab actore, quam a reo, fieri. Nec magis refert ejus, qualia mutantur iudicia: nam nec illa distinguit, utrum sint in rem actiones, an sint in personam, dum sint in rem scriptæ, qualis est actio ad exhibendum *l. 8. h. t.* aut actiones mixtæ tam in rem, quam in personam, qualis est actio communi dividundo *l. ult. h. t. l. 24. §. 1. D. Commun. divid.* De actione mere personali dubitatur, ac movere hinc, quod debitor invito creditore non potest alium debitorem suo loco substituere. inde movet, quod creditori jus est, nomen alii cedere invito debitore *l. 1. C. de novat.* & Edictum vim suam æque exserit, constituto durioris actore, quam durioris reo. Non igitur in mora est ratio, quominus

minus Edictum ex parte actoris pertingat ad personales creditores; eique cui cessa sit talis actio, ea ex hoc Capite denegetur. Sed id visum Jacobo Cujacio, V. CL. lib. 10. Observ. r. 3. Nec me vexat, quod in l. unic. Ne lic. potent. patroc. litig. præs. & l. pen. & ult. C. Mandat. alia posita sunt remedia ad coercendas nominum cessiones fraudulentas. Nam hæc sunt posteriorum temporum: nec impediunt, quo minus etiam Prætor adversus eas suo modo ante consuluerit.

Nondum absolvi omnia; cum enim ait Prætor, *Ne qua alienatio fiat judicii mutandi causa*: adhuc ambigi possit, utrum ea verba de præsentē, an de futuro, accipiantur? non enim vel hic distinguit Prætor. Sed mihi placet, de futuro accipere: quia præsertim Paulus l. 8. §. 1. h. t. ad hæc verba secundi Capitis, *Quæ alienatio judicii mutandi causa facta erit*, sic scribit, *Id est, futuri judicii causa, non ejus quod jam sit*. Videlicet, nihil opus erat prospicere judicio jam cœpto; quando res inde incipit esse litigiosa; ejusque alienatione non mutatur judicium; quin perinde procedit, ac si res alienata non fuisset. quid, si interdicta quoque ejus alienatio fuerit? ita Papinianus l. 13. D. Famil. ercisc. & exceptioni locum facit Ulpianus l. 1. §. 1. D. de litig. Similis aut major quæstio est, quando potissimum videatur alienatio fieri judicii mutandi causa? Sed puto, tum fieri; si quis alienando rem alium nobis substituit adversarium, idque data opera in fraudem nostram. pone, oppositum alterius provinciæ hominem, aut potentiorē adversarium, aut alium qui vexaturus sit adversarium. nam si cum eo qui alterius provinciæ est, experiat; in illius provincia experiri debeo; & potentioribus pares esse non possumus l. 1. l. 2. l. 3. h. t. Sic liquet injuria, & doli malus. Atqui Prætor ait, *Ne qua alienatio fiat judicii mutandi causa*: nec hoc Capite vel minimam doli mali facit mentionem. Sed visum fuit Veteribus, perinde accipere Edictum, ac si doli mali meminisset: atque eo verius, quia in secundo Capite illum palam desiderat: ut discimus ex l. 1. §. 4. §. 3. h. t. quid, si intendētibz ad Prætoris mentem, non agit; ne alienatio fiat, cum erit judicium: sed ne ideo fiat alienatio, ut judicium mutetur? improbat enim propositum alienandi non idcirco, ne res, sed ne lis, transferatur eum in finem, ut molestior objiceretur adversarius. ita non alienationes inhibet Prætor, sed vexationes, prætextu alienationis cogitatas. Res loquitur: & explicandus hinc Ulpianus l. 4. §. 1. h. t. verba Ulpiani. *Itemque fieri potest ut sine dolo quidem malo desierit possidere, verum judicii mutandi causa id fiat. sunt & alia complura talia. potest etiam aliquis dolo malo desinere possidere, nec tamen judicii mutandi causa id fecisse, nec hoc Edicto teneri. neque enim alienat, qui dumtaxat omittit possessionem. non tamen ejus factum improbat Prætor: qui tanti habuit re cavere, ne propter eam sapius litigaret. hæc enim verecunda cogitatio ejus qui lites execratur, non est vituperanda: sed ejus dumtaxat qui cum rem habere vult, litem ad alium transfert, ut molestum adversarium pro se subjiciat.* Satis obscura sunt hæc verba & forte mutila illa: *Sunt & alia complura talia*: nisi mutarunt locum; aut ad sequentia spectant. Utrumque erit: videtur esse Ulpiani sensus, Prætorē postulare, ut duo concurrant: primum, ut alienatio facta sit judicii mutandi causa: deinde, ut sit facta dolo malo: nec ei sufficere alterutrum. fieri enim posse; ut quis habeat propositum mutandi judicii, quamvis nil agat dolo malo: & vicissim fieri posse, ut

agat dolo malo; licet non habeat animum mutandi judicii. Sit exemplum prioris casus: si quis videns, sibi fore rem cum pluribus, alicui cedat possessione, ne sapius debeat litigare. hæc verecunda cogitatio ejus qui lites execratur, non est vituperanda. præterea inviti non compellimur, in rem actionem pati l. ult. D. de rei vindic. ita non alienat, qui dumtaxat omittit possessionem, auctore Ulpiano l. 119. D. de reg. jur. quæ est conjungenda cum d. l. 4. §. 1. Simile exemplum est, si quis ob valetudinem, aut ætatem, aut occupationes necessarias, litem in alium transtulerit. vult enim ille mutare judicium, substituto procuratore; sed nil agit dolo malo. ita non est in ea causa, ut hoc Edicto teneatur. cæterum, id est, alioquin, interdictum erit per procuratorem litigare d. l. 4. §. 3. Posterioris casus exemplum sit; si sciens, alium esse dominum rei quam possidet, deinde eam alii donat aut vendit. definit is procul dubio possidere dolo malo; non tamen hoc agit, ut domino durior aut molestior objiciatur adversarius. igitur facit quidem alienationem dolo malo, sed non facit eam judicii mutandi causa. Non igitur locum habet Edictum Prætoris; tantum volentis, coercere cogitationem ejus, qui cum rem habere vult, litem ad alium transfert, ut molestum adversarium pro se subjiciat.

Non minus æquum est, etiam si facta dolo malo sit alienatio, & fuerit animus mutandi judicii, cessare Edictum; si injuria alienatione cogitata, non habuerit effectum. Poterat quidem alicui hæere scrupulus, propter Edicti verba priorē Capite magis ad alienandi consilium, quam ad exitum, respicientia. Sed Veteribus sedit, hanc litem Prætoris mente, non ejus verbis, æstimare: ac proinde non punire propositum, nisi habeat effectum; cum alioquin nihil intersit; suadente præsertim æquitate secundi Capitis. Sit thema ex l. 3. §. ult. h. t. Aliquis alienationem fecit judicii mutandi causa. is conventus actione in factum ex secundo Capite hujus Edicti, & est paratus suscipere utilem in rem actionem, perinde ac si adhuc possideret. an tenetur hoc Edicto? ait Gajus, denegandam esse ex hoc Edicto contra eum actionem: causatus, quod ejus nihil interest; cum hic se liti offert, perinde ac si adhuc possideret. hæc porro actio datur ad id quod interest; nisi pristina judicii causa restituatur. id si sit; nulla est injuria, & merito cessat Judicis arbitrium. Aliud exemplum l. 8. §. 4. h. t. Aliquis alienavit: mox recepit. an tenetur hoc Edicto? Negat Paulus: & recte. quia res non habuit effectum. ac potest dici, quod in levioribus solet, quid obfuit conatus, cum injuria nullum habuerit effectum l. 1. §. 2. D. Quod quisq. jur. in al. stat. Simile in d. l. 8. §. ult. Si quis venditori suo redhibet: quia redhibito homine, ob vitium aut morbum, omnia retro aguntur, perinde ac si neque emptio neque venditio intercessisset l. 60. D. de Edilit. Edict. & ideo non videtur judicii mutandi causa alienare qui redhibet, usus concessio jure: nisi forte propter hoc ipsum redhibeat, non redhibiturus alias d. l. 8. §. ult. & l. 9. tum enim Edictum offendit, & a Prætorē coërcetur. Nam (id est, præterea) & si obligatus solvero quod a me petere velles, huic Edicto locus non erit l. 10. h. t. quia feci, quod nisi fecissem, Prætor me cogeret facere. ita nil alieno judicii mutandi causa, certe non dolo malo.

Secundo Edicti Capite promittitur a Prætorē actio in factum: si quæ alienatio judicii mutandi causa dolo malo facta esse dicatur. quid

quid autem his indigetur verbis, ex antecedentibus liquet. Datur porro hæc actio a Pratore ei ad quem ea res pertinebit. Nimirum cum pro fundamento habeat alienationem dolo malo factam iudicii mutandi causa, nascitur ex delicto, eoque ex obligatione, & est in personam; nec miramur, dari ei ad quem ea res pertinet, id est, ei cuius interest, alienationem iudicii mutandi causa non esse factam dolo malo. Quin ex eodem principio sequitur, dari adversus eum qui eam alienationem iudicii mutandi causa fecit dolo malo: adversus alium non dari. Sed hoc convenit non minus Edicto verbis, quam naturæ actionis in personam §. 1. *Inst. de actionib.* Inde dubitatum fuit, si tutor pupilli, vel agnatus furiosi, id est, curator furiosi, rem alienaverit iudicii mutandi causa, an adversus pupillum aut furiosum detur ex hoc Edicto actio? & quantum ad verba attinet, non datur. concepta enim est adversus eum qui alienationem fecit dolo malo. is vero non cadit in pupillum, nec in furiosum, ex mente tamen Prætoris datur adversus eos utilis actio l. 10. §. 1. *h. t.* puto, cum temperamento quod est in l. 1. 3. §. 5. *D. Quand. ex fact. tut.*

Non magis laborandum, ad quid hæc derur actio. ait enim Prætor, dari tanti, quanti actoris interfit, alium adversarium non habuisse l. 1. *h. t.* competit igitur hæc actio ad id quod interest; ideoque (ut Ulpianus ait l. 4. §. 5. *h. t.*) si res non fuit petitoris, aut si is qui alienatus est, sine culpa decessit, iudicium cessat: nisi si quid actoris præterea interfit. Non debeo præterire: quod non simpliciter hæc promittitur actio: sed si pristina iudicii causa non restituatur arbitrato Iudicis l. 8. *h. t.* Est igitur arbitraria. in qua si pareat, alienationem a reo esse dolo malo factam iudicii mutandi causa: duplex est officium Iudicis; primum, jubere pristinam iudicii causam a reo restitui, id est, ab eo perinde suscipi utilem in rem actionem, ac si nulla alienatio intervenisset. huic iussui si pareatur; liberatur reus. sin minus; deinde convenit officio Iudicis, eum condemnare tanti, quanti actoris interfuit, litem non fuisse translatam. idque adeo verum est, ut etiam teneatur is qui rem exhibeat, nisi pristinam iudicii causam arbitrato Iudicis restituat d. l. 8. non enim sufficit, exhibere, sed oportet restituere. nempe est plus in restitutione, quam in exhibitione: nam exhibere est, præbere præsentiam corporis: restituere est, etiam possessorem facere, fructusque reddere: pleraque præterea restitutionis verbo continentur. ita Gajus l. 22. *D. de verb. sign.* & quod observandum lib. 4. Ad Edictum, ex quo l. 1. l. 3. & aliæ sub hoc Titulo.

Ex his liquet, quod hæc actio non est pœnalis, sed rei persecutoria. utique ex parte actoris, persecutis quod sibi abest. quare heredi quidem dabitur; in heredem autem vel similem, vel post annum non dabitur, nisi quatenus pervenit: quia est quidem ex actoris parte rei persecutoria: verum ex parte rei est ex delicto, id est, pœnalis l. 4. §. ult. l. 5. l. 6. §. 7. *h. t.* quod & in actione de dolo observatur l. 26. §. seqq. *D. de dolo malo*: quæ æque est rei persecutoria, & perinde ex delicto nascitur.

Præter actionem in factum, qua a Pratore induci sui generis in integrum restitutionem, initio Tituli indicavi, etiam veteri domino adversus novum possessorem Jure Civili competit directa in rem actio. utriusque meminerunt Diocletianus & Maximianus l. unic. C. *h. t.* quin insuper monent, esse electionem domini cuius res alienata sit, utra uti malit. verba Imperatorum. *Cum in rem actionem*

possessio pariat adversario; alienatione etiam iudicii mutandi causa celebrata, in integrum restitutio Edicto perpetuo permittatur: intelligis, si rem, ne secum ageretur, qui possidebat, venumdedit, Emptori tradidit, quem elegeris, conveniendi tibi tributam esse jure facultatem. Hæc vulgata lectio: sed vitiosa. scribe: *Cum in rem actioni possessio pariat adversarium.* Ita est in quibusdam libris manuscriptis, & olim legisse videntur Græci, ut pridem notavi lib. sing. *Ad Edict. De pact. & transact. c. 13.* utique sic sensus verus: Cum domino cuius est in rem actio, alterius possessio offerat adversarium. nam possessio non est causa actionis in rem: sed dominium. hoc producit in rem actionem. illa domino, eam habenti, tantum parit adversarium.

Tenes Edictum. An necessarium? nam si dominus cuius res dolo malo alienata sit iudicii mutandi causa, adversus alienantem, etsi deserit dolo malo possidere, ultro habet utilem in rem actionem, perinde ac si adhuc possideret: quid opus fuit, adversus eum proponere actionem in factum, nisi in se suscipiat utilem in rem actionem? Ut tollatur difficultas: consideremus tempus introducti utriusque remedii. Mea sententia, vetustius utili in rem actione est hoc Edictum: sive fuit tralatitium, cum a Juliano infereretur Edicto perpetuo, sive ab eo (quod non credo) tum primum fuit compositum. utrumvis tamen placeat, fuit hujus Edicti, cum inveniretur, necessaria severitas: nondum cognito usu utilis in rem actionis adversus desinentem dolo malo possidere. nam hæc inducta primum fuit tempore Hadriani, & quidem, post Edictum perpetuum a Juliano compositum, Senatusconsulto de petitione hereditatis quod est in l. 20. §. 6. *D. de petit. hered.* deinde per consequentiam ejus Senatusconsulti obtinuit, ut etiam in singulari in rem actione is qui dolo desit possidere, perinde ac si adhuc possideret, utili in rem actione teneretur. sic clare Ulpianus l. 27. §. 3. *D. de rei vindic.* & apparet causa, cur nostra in factum actio a Juliano in Edicto perpetuo non fuerit omissa pro supervacua; & contra pro necessaria ei sit inserta. Imo quid ni, postquam invaluit utilis in rem actio, adhuc usum habeat actio in factum: si quando possit alicujus interesse, ea experiri, propter alienationem iudicii mutandi causa factam? occurrit talis casus in l. 4. *h. t.* si res fuerint usucaptæ ab eo cui alienatæ sint iudicii mutandi causa. non enim possunt ab eo in cuius fraudem sint alienatæ, actione directa vindicari post impletam ab emptore usucapionem. est igitur causa, cur læso competat in factum actio. Dedi unum casum: sed ne solus sit, accipe alterum ex l. 11. *h. t.* quam exposui supra. Ecce: tu eras fundum a me vindicaturus: sed quo habeam molestiorem adversarium, militi donas eum fundum: & quia non potes vacuum tradere a me possessum; cedis militi rei vindicationem quam adversus me habes jure domini. ita potest is (nisi obstaret hoc Edictum) adversus me experiri, tamquam tuus procurator, directa rei vindicatione, nec minus utili suo nomine l. ult. C. *de hered. vel act. vend.* interest mea, neutrum fieri a milite. interim non habeo rei vindicationem, qui non sum dominus: & si sim, ipse possideo, eoque exercere eam non possum l. 1. §. 6. *D. Uti possidetis.* necessaria igitur mihi vel ea in specie ex hoc

Edicto est in factum actio: nisi a te
mihi pristina iudicii
causa restituatur.

TITULUS VIII

De receptis. qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant.

RUBRICA variat in editis codicibus. Florentiæ est, *De receptis. qui arbitrium receperunt ut sententiam dicant.* In vulgata Accursii exemplari extat, *De receptis arbitris, & qui arbitrium recipiunt, ut sententiam dicant.* Scribo: *De receptis arbitris. & qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant.* Ejus scripturæ vis est: *De receptis arbitris*, & reliqua: geminata litera, I, majuscula. Sic apta sit locutio, quæ ante non erat. nam arbiter non recipitur a litigantibus, sed arbitrium recipitur ab arbitro: monstrante Rubrica, & l. 3. §. 1. h. t. arbiter sumitur a litigantibus l. 21. l. 33. l. 50. h. t. dicitur quoque fieri l. 51. d. t. & quasi vir bonus inter eos eligi disceptator. l. 3. §. 1. at sumptus, electus, factus, arbiter recipit arbitrium: id est, promittit arbitrium. recipere enim est, promittere. etiam dicitur arbiter in se recipere arbitrium; cum Judicis partes suscipit, finemque se controversiis sententia sua impositurum pollicetur d. l. 3. §. 1. & 2. l. 13. §. 2. l. 21. §. 9. h. t. Legendum igitur, geminata litera, *De receptis arbitris.* Recepta hæc arbitria etiam simpliciter Recepta dicuntur, & cum Compromissis confunduntur l. 14. C. de judiciis; etsi inter Recepta & Compromissa alioquin sit differentia. Receptum enim proprie est arbitri, susipientis partes Judicis, & pollicentis, sententia sua finem imponere controversiis d. l. 13. §. 2. Compromissum contra est, conventio qua uterque litigator promittit, se pariturum arbitri sententiæ: sin minus, daturum pœnam l. 1 C. h. t. cum similibus. Hanc verborum proprietatem miscuit Imp. Justinianus in d. l. 14. sequentibus verbis: *qui ex recepto, id est, compromisso, quod judicium imitatur, causas dirimendas suscipiunt.* Nisi illa, id est, compromisso, sunt Interpretis, quod magis puto: quia abhorrent ab usu loquendi Veterum, quem Tribonianum ignorasse, mihi non est verisimile. Quidquid est: sive legas, *De receptis. qui arbitrium* &c. sive *De receptis arbitris, & qui arbitrium*, &c. parum refert: cum eodem redeat sensus. Quamquam malim, *De receptis. qui arbitrium.* &c. quomodo legitur Florentiæ. Sic præmittitur genus, cujus una species hoc Titulo, altera sequente, exponitur. Est in Codice quoque Titulus, *De receptis arbitris*: sed errore consimili ei quem expunximus. Additur in Rubrica Pandectarum, *Qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant*: quia hic est compromissi & recepti finis. quem ut obtineant litigatores; solet arbiter a Prætoris extra ordinem cogi, sententiam dicere. Erat vero hoc Prætoris auxilium necessarium: quia ex recepto arbitri quod jure civili nudo censetur pacto, nulla nascebatur actio inter arbitrum & litigatores: licet æquum esset, ab eo qui receperat arbitrium, sententiam dici inter eos qui compromiserant. Hæc ratio & sententia Tituli. ex qua apparet, eum cum superioribus conjungi bene. Quomodo? postquam Prætor dixit de personis quæ pro se, vel pro aliis, in jure postulent: deinde subjicit causas Prætoris cognitionis. in his primas dedit restitutioni in integrum, secundas receptis.

Edictum tale fuit. *Qui arbitrium pecunia compromissa receperit, cum sententiam dicere cogam* Hæc verba facile colliguntur ex l. 3. §. 2. l. 11. §. 2. l. 15.

h. t. Ejus Edicti æquitatem commendat Ulpianus d. l. 3. §. 1. sed quia pluribus verbis: suffecerit, indicasse locum, unde petatur. Interim sumam interpretandi initium a personis arbitrantium: ducem sequutus Ulpianum §. 3. d. l. 1. Ait igitur Prætor, *Qui.* Pronunciatio sermonis in sexu masculino plerumque ad utrumque sexum porrigitur l. 195. D. de verb. sign. in hoc vero Edicto *Qui* tantum mascululos complectitur, non etiam fœminas, utique post Constitutionem Justiniani l. ult. C. h. t. nam ante an admittæ ad compromissa fuerint etiam fœminæ, aliqua est Cujacii deliberatio lib. 13. Observ. c. 23. quam, si lubet, vide. Ait igitur Prætor, *Qui:* nec addit verbum. qualiscumque igitur sit dignitatis aut conditionis qui receperit arbitrium, cum Prætor cogit officio quod suscepit, perfungi, etsi Consularis sit, quid, si positus sit in magistratu aut potestate pari aut majore? ne hic quidem excipitur Edicti verbis, sed excluditur ejus sententia, nec opus fuit, addere exceptionem ultro certam. itane? non potuit Prætor cogitare de cogendo eo in quem non habet imperium: ut evenit in majore aut pari potestate l. 3. §. 3. l. 1. D. h. t. qualis Consul est Prætori: ut intelligimus ex Cicerone lib. 9. Ad Attic. Epist. 9. & A. Gellio lib. 13. Noct. Attic. c. 14. Inferior tamen Magistratus, si receperit arbitrium, cur minus cogatur, causa non est d. l. 4. Idem dicam de *Judice*: nisi arbiter fiat ea in causa in qua Judex est. tum enim ne arbitrium recipiat, in se compromitti jubeat, dicitur prohiberi Lege Julia l. 9. §. 2. h. t. eamque esse Juliam privatorum judiciorum, bene observavit Vir Cl. Barnabas Brissolinus lib. 4. Select. Antiq. c. 7. Idem de Prætoris legitur l. 4. D. de tur. & cur. dat. ab his. etsi hujus Inscriptio sit ex Ulpiani lib. 9. Ad Leg. Jul. & Pap. Ait igitur Prætor: *Qui:* nec dubium est, quin ea voce complectatur patrem familias qui arbitrium receperit. An etiam filium familias? non resistit Ulpianus l. 5. h. t. imo Gajus l. 6. addit, filium familias etiam de re patris recte arbitrum fieri. Atqui constat, si quis de re sua fiat arbiter, non valere: quia sibi imperare, aut se prohibere, nemo potest l. pen. h. t. id vero in patre & filio usu venit: quando vox patris est vox filii; & contra vox filii est patris §. 4. Inst. de inutilib. stipul. Sed hoc domi observatur in privatis causis. in publicis vero filius familias loco patris familias habetur l. pen. D. de his qui sunt sui vel alien. jur. est igitur in his alius filius, alius pater. id posset multis declarari; sed omnium instar erit exemplum ex l. 77. D. de judic. ait ibi Africanus, quod in privatis negotiis pater filium, vel filius patrem, potest Judicem habere: (si quidem ab adversario non rejiciatur tamquam suspectus) & in l. 78. mox subjicitur ex Paulo, Quippe judicare munus publicum est. at si Judex fieri potest: quid ni fiat arbiter? compromissis hodie ad similitudinem judiciorum redactis l. 1. h. t. Ab eodem principio porro legitur apud Ulpianum l. 7. h. t. parvi referre, ingenuus quis, an libertinus, sit: integræ famæ sit arbiter, an ignominiosus. Nec tamen quod de ignominioso dicitur, est sine difficultate: eo quod non potest Judex dari l. 12. §. 2. D. de judic. Putemus tamen, esse partium electioni datum, ut

ut ignominiosus a compromisso non excludatur, et si ad judicia non admittatur a dignitatibus arcendus. At Ulpianus *d. l. 7.* servum removel ab arbitriis: cum possit in servo eadem videri ratio quæ est in ignominioso, nam ut servi non minus a judiciis repellantur quam a cæteris publicis muneribus: quid ni tamen vel servorum respectu in privatis arbitriis prævaleat litigatorum voluntas? Sed creditum fuit, non esse quidem a ratione alienum, homines liberos ex suo consensu ab hominibus liberis, quamvis infamibus, juberi aut prohiberi: verum homines liberos a servis juberi aut prohiberi, non visum fuit pati respectum libertaris. est igitur vel in infami persona alia compromissi, alia iudicii, ratio: in servo non æque. nec resistam; si quis sic disputet: Judex esse potest, ergo arbiter. non contra, Judex esse non potest: ergo nec arbiter. Demus hæc: si unus sumptus sit arbiter servus. at quid, si compromissum sit in servum & Titium? ait Julianus *d. l. 7. §. 1.* nec Titium cogendum sententiam dicere: & præfatur, quod cum servo recepit arbitrium: non recepturus; si scivisset, servum esse, ego addo, quod fortasse nec compromissum foret in Titium: si innotuisset persona servi, quid, si tamen sententiam dixerit Titius? nulla est; & ideo non committeretur pœna: quia non, ut recepit, dixit sententiam. *d. l. 7. §. 1.* nisi si ita compromissum sit, Ut vel alterutrius sententia valeat: nam tum magis est, ut Titius cogendus sit *l. 8. h. t.*

Similis quæstio fuit, an valeat compromissum in pupillum, furiosum, mutum, aut surdum. causa quærendi; quod Prætor sine distinctione ait, *Qui arbitrium receperit.* sed non placet Ulpiano, valere *l. 9. §. 1. h. t.* quia ut generaliter loquatur Prætor, *Qui arbitrium receperit*: utique non alium intellexit, quam cujus arbitrium sit: id est, qui sit ad arbitrandum idoneus. De minore quam quinque & viginti annis videamus. Callistratus *l. 1. h. t.* ait, Nemini licere, minorem viginti annis eligere compromissarium judicem, ideoque ex ejus sententia nullo modo committi pœnam. & pro ratione addit: Cum Lege Julia cautum sit, ne minor viginti annis judicare cogatur. Olim allegebantur Judices anno quinto & vicesimo. Sed Suetonius in vita *Augusti c. 32.* auctor est: quod Augustus *Judices a vicesimo ætatis anno adlegit: id est, quinquennio maturius, quam solebant.* Passim editur, a *tricesimo*: sed Casaubonus in *Notis*, & ante Cujacius *lib. 21. Observ. c. 32.* vere emendarunt, a *vicesimo*. cæterum et si minor ab anno vicesimo possit arbiter legi: ait tamen Callistratus *d. l. 41.* multos dixisse, majori viginti annis, si sit minor annis viginti quinque, esse ex hac causa succurrendum, si temere auditorium receperit.

Deinde ait Prætor, *Qui arbitrium receperit.* Cogit igitur Prætor, sententiam dicere eum, qui arbitrium receperit. quid autem sit Arbitrium recipere, Ulpianus *l. 13. §. 2. h. t.* sic exponit: Recepisse arbitrium videtur (ut Pedius *lib. 9.* dicit) qui Judicis partes suscepit, finemque se sua sententia controversiis impositurum pollicetur. quod si, inquit, hæcenus intervenit, ut experiretur, an consilio suo vel auctoritate discuti litem paterentur: non videtur arbitrium suscepisse.

Non ad hæc subsistit Prætor: plus ait, qui arbitrium receperit, *pecunia compromissa*. Hæc verba indicant, arbitrum, ut receperit arbitrium, non cogi sententiam dicere, nisi intervenierit compromissum *l. xi. §. 1. h. t.* non enim simpliciter ait Prætor, cum

qui arbitrium receperit, cogam: sed eum qui arbitrium receperit, pecunia compromissa, cogam: id est, ubi compromissa erit pecunia. Merito: nam ex sententia arbitri neque judicati actio, neque exceptio datur. adeo elusorium foret arbitrium, non interveniente compromisso *l. 1. C. h. t.* Ait igitur Prætor, *compromissa pecunia*. Vulgata editio, ut & Norica, habet, *compromissa pœna*. Sed malim, *compromissa pecunia*: ut est Florentiæ: cum præsertim *pecunia* verbum, tamquam sit Edicti, ab Ulpiano explicetur *d. §. 2. l. xi.* Verba Ulpiani. *Quod ait Prætor, Pecuniam compromissam: accipere nos debere, non si utrimque pœna nummaria, sed si & alia res vice pœna, si quis arbitri sententia non steterit, promissa sit: (Sita) Pomponius scribit.* In his verbis, *Non si*, significat, Non utique si; sive, Non modo si. & sensus: Quod Prætor, ut cogatur arbiter sententiam dicere, verba spectantibus, vult compromissam esse pœnam nummariam, ni stetur arbitri sententiæ. tantum enim loquitur de compromissa pecunia: de alia re compromissa non loquitur. sed longius ivit Prætoris sententia: nam si alia quævis res sit compromissa vice pœnæ, et si promissa non sit nummaria pœna, nec satisfactum Prætoris verbis; satisfactum utique est ejus menti: qui jubens compromitti pecuniam, ni stetur sententiæ arbitri, solum intendit; ut metu compromissæ pœnæ ab utroque litigatore arbitri sententiæ pareatur. id vero peræque obtinebit, sive nummaria, sive alia, pœna compromittatur. Cæterum ut nihil refert, qualis sit pœna; ita nec refert, quanta, id est, major re principali, an minor, sit. nam ne hanc quidem distinguit Prætor *l. 32. h. t.* nec magis, utrum sit certa, an incerta; ut puta, quanta ea res erit *l. 28. h. t.* tantum enim jubet Prætor, compromitti pecuniam: eamque non minus promittit qui incertam promittit, quam qui certam. Est & huc deventum; ut, si qui simpliciter compromiserint, stare sententiæ, idem putetur: eo quod qui factum promittit, ni faciat quod promissit, ad id quod interest, tenetur. Ita quamvis pœnæ non meminerit palam; tamen, quia videtur eam tacite promississe, erit adversus eum incerti actio *l. 27. §. fin. h. t.*

Vult igitur Prætor, compromissam esse pecuniam. & erit pretium operæ, investigare, quæ dicatur compromissa? Verbum, *promittere*, solet referri & ad sponsum & ad nudam promissionem seu pollicitationem: auctore Ulpiano *l. 19. §. 2. D. de Edictio Edicto*. De stipulatione res certa: nam actionem parit Jure Civili. An & pactum nudum veniat, promissi appellatione, quæri potest: quia inefficax est Jure Civili, et si Jure Prætorio prosit ad exceptionem? Sed puto, etiam pactum eo nomine venire, quoties est eadem pacti vis quæ est stipulationis. Fieri hoc aliquando, notat Ulpianus *d. l. xi. §. 3.* & ponit tale exemplum: Ut puta si ambo debitores fuerint, & pacti sunt, Ne petat quod sibi debetur, qui sententiæ arbitri non paruit. sensus exempli. Duo litigant de re certa. placet, tri ad arbitrum. compromittenda pecunia, incidit utrique, se invicem sibi debere, aliam tamen rem, quam litigiosam: quod bene observat Accursius. hanc illi volunt habere vicem pœnæ. igitur paciscuntur, Ne qui non pareat sententiæ arbitri, petat quod sibi debetur. an valet compromissum? ait Ulpianus. atqui factum est nudo pacto. esto: sed non est sine effectu, propter exceptionem pacti, si victus non pareat sententiæ. ita non interest victoris, utrum ei solvatur pœna, an remittatur quod debet.

Non minus elegans est exemplum sequens ex *d. l. xi. §. 2. vers. Quid ergo*. Compromissum est a duobus, re apud arbitrum deposita: hoc pacto, ut eam det uni; si ab altero non stetur ejus sententiae. Dicit Ulpianus, cogendum esse arbitrum, sententiam dicere, nempe, quia non minor est effectus pacti hujus, quam est stipulationis; quid ni poena æque pacto eo, ac stipulatione, compromittatur?

Ut igitur arbiter cogatur sententiam dicere, id est, ut valeat compromissum, oportet promitti poenam, sed utrimque. Ulpianus *l. 32. §. 18.* inquit, invicem. Non enim ait Prætor, pecunia promissa; sed compromissa. ita plenum sit compromissum, & quod addendum, quamquam alter rem, alter pecuniam, stipulanti promisit *d. l. xi. §. 2. in fin.* quod si alter promisit, alter non: negat Julianus, cogendum arbitrum, sententiam dicere. & probat Ulpianus *d. l. xi. §. 4.* quid, si ex altera parte stipulatio, ex altera nudum pactum, intervenit? is casus obscure a Pomponio propositus, ab Ulpiano *l. 13. §. 1. h. t.* bene tractatur his verbis. *Pomponius scribit, si de meis solis controversiis sit compromissum, & de te poenam sine stipulatus: videndum, ne non sit compromissum. Sed cui rei moveatur, non video. nam si ideo, quia de unius controversiis solum compromissum est: nulla ratio est: licet enim & de unare compromittere. si vero ideo, quia ex altera auntaxat parte stipulatio intervenit: est ratio. quamquam si petitor quis stipulatus est, possit dici plenum esse compromissum: quia is, qui convenitur, tunc est veluti pacti exceptio; is qui convenit, si arbitro non pareatur, habet stipulationem. Sed id verum esse, non puto: neque enim sufficit exceptionem habere, ut arbiter sententiam dicere cogatur.* Sic Ulpianus; & est egregia ejus observatio; quod intentioni Prætoris in proposito minime sufficit pacti exceptio: nulla poena terrens volentem agere adversus arbitri sententiam: etsi elisura in iudicio sit institutam actionem. non enim Prætor in Edicto spectat ad exitum instituendæ actionis, opponendæve ei exceptionis: sed ad poenam qua acturus adversus arbitri sententiam inhibeatur; ne agat; eoque nec lite, nec exceptione, opus sit.

Igitur ut cogatur arbiter sententiam dicere, oportet compromissam esse pecuniam. Utrum pure, an in diem? non distinguit Prætor: & in utroque casu æque efficace promisso, satisfactum est ejus sententiae. Non ita est, compromissa sub conditione pecunia. non enim tum arbiter cogitur sententiam dicere prius, quam conditio extiterit *l. 11. h. t.* nec interest, utrum ab initio nullum sit compromissum, an pendeat, aut postea deficiat poena, atqui id fit, compromisso soluto die, morte, acceptilatione, iudicio, pacto *l. 32. §. 3. h. t.*

Deinde ait Prætor, *Eum sententiam dicere cogam.* optima ratione quam dat Ulpianus *l. 3. h. t.* quam, si lubet, vide. Interim monebo: quod Prætor ait, *Cogam.* non ait, iudicium dabo. ipse igitur coget sine actione & Judice, multæ dictione & pignorum capione. est enim hæc ex remediis Prætoriiis *l. 1. §. 3. D. de insp. ventr.* & nominatim indigitatur *l. 32. §. 12. D. h. t.* Edicit autem Prætor, *Cogam*, districte. sed rem Veteres perinde acceperunt, ac si addidisset, causa cognita, nimirum, quia non simpliciter Prætor dixit, Eum qui arbitrium receperit, sententiam dicere cogam: sed ait, Eum qui arbitrium receperit, compromissa pecunia, cogam sententiam dicere: id est, tum, si compromissa erit pecunia, ex uno autem exemplo conjecerunt Veteres, esse

Prætoris animum, non alias cogere arbitrum, quam si sit iusta cogendi causa: qualis est, si compromissa sit pecunia: inani sententia, quæ non sit habitura effectum. Proinde, si compromissa non sit pecunia, sive alia sit consimilis causa, cur æquum sit, arbitrum non teneri necessitate dicendæ sententiæ: noluerunt Veteres, eum a Prætore cogi, sententiam dicere: certo, quoties Lege aliquid unum vel alterum introductum est, bonam esse occasionem, cætera quæ tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione, vel jurisdictione suppleri *l. 12. §. 13. D. de legibus.* Ea ratione motus Ulpianus *l. 15. h. t.* in interpretatione Edicti, sic scripsit: *Licet Prætor districte edicat, Sententiam se arbitrum dicere coacturum, attamen interdum rationem ejus habere debet, & excusationem recipere, causa cognita.* Utitur vero Ulpianus exemplis pluribus atque elegantibus: ut puta, si fuerit infamatus a litigatoribus; aut si inimicitia capitales inter eum & litigatores, aut alterum ex litigatoribus intercesserint; aut si ætas aut valetudo quæ postea contigit, id ei munus remittat, aut occupatio negotiorum propriorum vel profectio argens, aut munus aliquod reipublicæ. & addit, Id Labeo. Subjicitur vero ex Paulo *l. 16. d. t.* Et si qua alia incommoditas ei post arbitrium incidat. sed in causa valetudinis, similibusve, causa cognita, differre cogitur. Similia *l. 9. §. 3. 4. 5. l. 10. §. 11. h. t.* item *l. 17. §. 1. 2. & l. 32. §. 1. §. seqq.* quæ omnia enarrare longum foret.

Sed in viam, apparet, arbitrum, si nihil sit quo excusetur a necessitate dicendæ sententiæ, a Prætore cogi, sententiam dicere. Est autem sententia, ultima Judicis pronuntiatio qua is liti finem imponit condemnatione vel absolutione rei, inde res judicata appellatur *l. 1. D. de re judicata.* Est etiam, ubi sententia ad interlocutiones porrigitur: sed his opponitur in Titulo Codicis, *De sententiis & interlocutionibus*, itemque in *l. 14. & Titulo Digestorum, De re judicata, & de effectu sententiarum, & de interlocutionibus.* Est igitur sententia proprie definitiva, eoque modo Paulus *l. 19. §. 1. §. 2. h. t.* in hoc Edicto sententiam accipit: Sententiam, inquit, dicere eum qui ea mente quid pronunciat, ut secundum id discedere eos a tota controversia velit. Bene dicit, a tota controversia, ita, si de pluribus rebus sit arbitrium receptum, nisi omnes controversias finierit, non videtur dicta sententia *d. §. 1.* Idem; si incerta sit sententia: quia incerta non habetur pro sententia *l. 21. §. 3. h. t.* Quid, si iniqua sit? de hac nihil Prætor. igitur qualem arbiter dicat sententiam, ad Prætorem non pertinet: modo dicat, quod ipsi videtur *d. l. 19.* hoc enim animo adiutur *l. 76. D. Pro socio.* in eoque differt a Judice. nam huic certa præscribitur formula, ab eo servanda *l. 60. D. de judiciis*; nisi convenerit inter litigatores, quid pronuncietur *l. 26. D. de re judicata.* at ea arbitro nulla ponitur, ne a litigantibus quidem: opinor, quia, arbitro pronunciante ex eorum consensu, non plus sunt habituri, quam si ipsi inter se paciscantur. certe actio aut exceptio rei judicatæ non nascitur ex ejus sententia, etsi utraque competat ex sententia Judicis. & ideo si sic compromissum sit, ut arbiter certam dicat sententiam; non valet arbitrium: in quo futura ejus sententiæ libera non sit facultas *l. 17. §. 3. l. 19. pr. h. t.* Vere igitur Ulpianus *l. 27. §. 2. h. t.* Stari, inquit, debet sententiæ arbitri quam de re dixerit: sive æqua,

æqua, siue iniqua sit; & sibi imputet qui compromittit. nam & D. Pii Rescripto adjicitur, vel minus probabilem sententiam æquo animo ferre debet. Videndum tamen esse, putat Ulpianus *d. l. 19. §. 2.* an arbiter mutare sententiam possit. & alias quidem, inquit, est agendum, si arbiter iussit dari, mox vetuit; utrum eo quod iussit, an eo quod vetuit, stare debeat. tum porro, & Sabinus, inquit, putavit posse. At paulo imprudentius. sic mihi videtur; ac, nisi fallor, etiam Ulpiano, ne Cassium quidem fugit. non enim alio spectat quod subicit; Cassius sententiam magistri sui bene excusat. sensus: Poterat eam rejicere: erat enim improbabilis; sed maluit retinere specie interpretationis: dicens, Sabinum non de ea sensisse sententia, quæ arbitrium finiat, id est, de sententia definitiva: sed de præparatione causæ, id est, de interlocutione: ut puta, si iusserit, litigatores Kalendis adesse, mox Idibus jubeat. nam mutare eum diem posse. cæterum, si condemnavit vel absolvit, (quando arbiter esse desierit) mutare sententiam non posse. *d. l. 19. §. 2.* Sic Cassius; ejusque verecundiam laudat Ulpianus, ego omnibus qui ingenuas profitentur artes, si habeant occasionem, imitandam censeo; eamque, & similem Pauli modestiam, jam deprædicavi, *lib. Ad Edictum Prætoris, De pact. & transact. c. 24. ad fin.* Quid tamen, si arbiter de pluribus controversiis sumptus est, nihil sibi communibus: & de una sententiam dixit, de aliis nondum? numquid desit esse arbiter? videamus igitur, an in prima controversia possit mutare sententiam de qua jam dixerat. Et multum interest, utrum comprehensum sit, ut de omnibus simul pronunciet, an non. nam si, ut omnes finiat, compromissum est; poterit mutare; nondum enim dixit sententiam. quod si separatim dicere placuit; quasi plura sunt compromissa, & ideo quantum ad illam controversiam pertinet, arbiter esse desit *l. 21. h. t.* Igitur coactus Prætor arbitrum dicere sententiam, imponit ei necessitatem aut condemnandi aut absolvendi reum. quod si neutrum facere possit arbiter: ait Ulpianus, si forte urgeatur a Prætorē ad sententiam, æquissimum fore, si juret, sibi de causa nondum liquere, ei spatium ad pronunciandum dari *l. 13. §. 4. h. t.*

Exposito Prætoris Edicto, liceret mihi recedere ab hoc Titulo qui est De receptis, & qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant; nisi e re foret, exemplo Ulpiani *l. 32. §. 15. h. t.* pauca subicere de officio arbitri, & de effectu sententiæ ab eo dictæ. Observat vero is, tractantibus de officio arbitri, omnem tractatum ex ipso compromisso sumendum, nec aliud illi licere, quam quod ibi, ut efficere possit, cautum est. non ergo, inquit, quodlibet statuere arbiter poterit, nec in re qualibet: nisi de qua re compromissum est, & quatenus compromissum est: & quidem (quod Paulus notat *l. 46. h. t.*) de his quæ ab initio inter litigatores fuere; non quæ postea supervenerunt. Quæ dixi, liquebunt exemplo uno aut altero. Igitur sit compromissum intra Kalendas, nisi est additum, licere arbitro diem proferre: non potest proferre *d. l. 32. §. ult.* solutioni tamen diem statuere potest; eo quod compromisso continetur solutio; ejusque pars est dies *l. 21. §. 2. h. t.* Vice versa, ita sumptus arbiter, ut & diem proferre possit: hoc facere potest, referre non potest *l. 33. h. t.* Referre porro esse anteferre, dudum observavit Jacobus Cujacius *lib. 3. Observ. c. 7.* Rursus pone ex *d. l. 32. §. 16. & 17:* arbiter jubet, alium adiri arbitrum, vel alium adjungi sibi. neutrum va-

let. quia sententia debet esse de re compromissa, de qua hæc non est, hoc eo magis: quia voluere litigantes fieri litium finem. at is sic propagatur, etiam possit arbitrium hoc modo transferri ad inimicos agentium. certe ad alios, quam illi voluere, optime igitur Ulpianus *l. 45. h. t. Incompromissis*, inquit, arbitrium persona insertum, personam non transgreditur. Rursus finge: (quæ est species *d. l. 21. §. 4.*) Arbiter vetat, pœnam ex compromisso exigi. an valet sententia? negat Ulpianus: & causatur, quia non de pœna est compromissum. Sed apparet, quod dixi, officium arbitri pendere a compromisso: ideoque rationis esse, eum id habere temper ob oculos: quando præsertim varie concipitur; aliquando de una re, aliquando de omnibus litibus. quamquam siue de omnibus, siue de una re, sit; nihil in id venit; nisi de quo actum est. sed est tutius, si quis de certa re compromissum facturus sit; de ea sola in compromisso exprimi. *d. l. 21. §. 6. exemplum l. 43. h. t.*

Præter hæc est officium arbitri; ne alias dicat sententiam, quam coram litigatoribus *l. 27. §. 4. h. t.* id est, utraque parte præsentē *l. 44. d. t.* modo non minus animo, quam corpore, sint præsentēs. itaque Ulpianus *d. l. 27. §. 5.* ait, eum coram dicere qui sapientibus dicit: cæterum coram furioso aut demente non dici. idemque esse, si coram pupillo dicatur: nisi præsens fuit tutor. plane, si unus defuerit ex litigatoribus non valebit sententia: nisi in compromisso sit specialiter expressum: ut vel uno vel utroque ablente promatur pœnam autem is qui defuit, committit: quia per eum factum est, quo minus arbitretur *d. l. 27. §. 4.* Vix opus moneri, oportere arbitrum, aliquid pronunciaturum, jubere vel per nuncium vel per epistolam, litigatores adesse *l. 49. §. 1. h. t.* certo loco: de quo Ulpianus *l. 21. §. 10. & 11. h. t.* nec minus certo tempore pro ejus arbitrio. potest enim omni die pronuntiare: præterquam Dominico, excepto in *l. 7. C. de feriis*: ex qua interpolata est *l. 36. D. h. t.* adjecta clausula: *Nisi alia Lege eadem dies feriata in qua sententia dicta, est excepta*: ut monui supra sub Titulo, *De feriis*. Nec obstat *l. 13. §. 3. h. t.* his verbis. *Arbiter ex compromisso his diebus non cogitur sententiam dicere quibus Judex non cogitur nisi dies compromissi exitura sit, nec proferri possit.* Nam aliud est, arbitrum non posse cogi, sententiam dicere: aliud, arbitrum posse sententiam dicere sua sponte. hoc potest agere omni feriato die, excepto Dominico. illud non potest cogi: sicut nec Judex; nisi exiturus sit compromissi dies, nec proferri possit *d. l. 13. §. 3.* Est præter diem Dominicum, & alius casus quo arbiter, quo velit die, sententiam ferre nequeat. extat is in *l. 32. §. 10. h. t.*

At ut præsentēs esse litigatores oportet: sic rationis est, nec absentem ex arbitris esse aliquem. *l. 40. D. h. t.* Consentire tamen eos, necesse non est: si major inveniatur pars cujus arbitrio stetur. at finge, duos esse, & dissentire. debet Prætor eos, si non consentiant, cogere, tertiam certam eligere personam cujus auctoritati pareatur. ut igitur necesse non sit, omnes consentire, at præsentēs esse omnes oportet: quia in omnes compromissum est: & potuit unius præsentia reliquos trahere in suam sententiam. Sed de his plene in *l. 17. §. 5. 6. 7. & l. 18. h. t.*

Reliquum est, ut de effectu sententiæ dispiciamus, & est observandum: quod arbiter non est Judex; sed est similis Judici *l. 1. h. t.* vocaturque Judex ex compromisso *l. 81. D. de judiciis*, etiam

Judex

Judex compromissarius l. 5. §. 1. C. h. t. ea propter interest inter utrumque. nam oportet dari sententiam Judicis. contra æquum quidem est, pareri sententiae arbitri; verum necessitas ei in foro nulla est. quin si jus quærimus; non est sententia l. 13. §. 5. D. de his qui not. infam. nec habet auctoritatem rei judicatae, teste Paulo lib. 5. Sentent. tit. 5: sicut ipse non est Judex, licet Judicem imitetur: non concessa ei a legibus notione; sed ex privato litigatorum consensu l. 1. C. h. t. quo nemo Judex fieri potest l. 3. C. de jurisdict. ita nil mirum, ab ejus sententia non appellari; nec ex ea nasci actionem rei judicatae d. l. 1. nec sequi infamiam d. l. 13. §. 5. primum non potest ab ea appellari: tantum recepta provocatione a sententia Judicis. At resistit hoc l. 23. D. de appellationibus, Ex consensu litigantium circa compromissum a Præside provinciae Judice dato, videtur potest provocare. Nisi pro, circa compromissum, quomodo editur, scribendum est, circa compromissum. sensus, Posse appellari a sententia Judicis, a Præsidi dati ex consensu litigatorum sine forma compromissi. cujusmodi Judicium exempla dedi lib. 1. De jurisdict. §. imper. c. 13. sed de talibus non agitur hoc Titulo, cæterum ut appellari a sententia arbitri compromissarii non possit, est casus in quo reperitur quædam veluti appellandi species: eo quod licet retractare de sententia arbitri, hunc casum observavit Paulus l. 32. §. 14. D. h. t. addens, illum deberi Rescripto Imp. Antonini. In hoc non est quidem appellatio: sed ejus quædam veluti imago indigitur: effectum retractationis considerantibus. Non magis potest actio & exceptio rei judicatae nasci ex arbitri sententia l. 1. C. §. l. 2. D. h. t. tantum recepta exceptio pacti: monstrante l. 5. C. h. t. & ante l. 13. §. 1. D. h. t. primus ausus fuit Justinianus, arbitro sumpto cum sacramenti religione, indulgere actionem l. 4. C. h. t. (quam sustulit rursus in Auth. Decernit, mox sequente) & deinde in d. l. 5. in alio casu. sed illa nova. Veteribus una innotuit pœnæ petitio ex compromisso d. l. 1. id est, actione ex stipulatu. Atque hæc est sententiæ dictæ executio: quam in l. 32. §. 6. §. 8. D. h. t. dicitur Prætor dare. Unde subit mirari hoc Javoleni l. 39. D. h. t. Contumaciam litigatoris arbitrer punire poterit, pecuniam eum adversario dari jubendo. Ego sane mihi non tempero; ne putem, hæc verba, Pecuniam eum adversario dari jubendo, esse spuria, atque hoc, ut meretur, in sequentibus plenius demonstrabo. Interea non filebo, quod Modestinus lib. 6. Regularum scribit, cum ex compromisso petitur pœna, eum qui commisit, damnandum esse: nec interesse, an advertarii ejus interfuerit, arbitri sententiæ dari, nec ne l. 38. h. t.

Multo minus præteribo, quid sit, Non stare, aut non parere sententiæ arbitri. Et puto, si verbis jussit quid fieri arbiter, & non est factum; aut contra, si verbis vetuit quid fieri, & est factum; non esse paritum arbitri sententiæ. ac dubito; an huc pertineat hoc Pauli l. 121. D. de Regul. jur. (est enim ex lib. 13. Ad Edictum, ex quo complura sub hoc Titulo sunt ejus Fragmenta) Qui non facit quod facere debet, videtur facere adversus ea, quia non facit. & qui facit quod facere non debet, non videtur facere id quod facere jussus est. Quid, si arbiter ita pronuntiet, Nihil videri Titium debere Sejo; & ab eo petat ille? Nil fecit Sejus adversus sententiæ verba, non enim est vetitus, a Titio petere. tamen manifesta arbitri voluntate, non magis est paritum sententiæ arbitri, cum petiit Sejus contra ejus mentem, quam si petat contra verba. Sic Ulpianus l. 21. §. 1. D.

h. t. & pluribus l. 29. d. 1. Primum ait, Adversus sententiam arbitri sit, si petatur ab eo a quo arbiter peti vetuit. idque, ut dixi, ultro certum est: quia sic non minus petitur adversus verba arbitri, quam adversus mentem. Sed fuge, qui est sequens casus, peti ab ejus fidejussore? dices: nit fit adversus arbitri verba. atque ita est: non enim vetuit, peti a fidejussore, sed a reo. quid tamen interest rei, utrum ab ipso petatur, an a fidejussore; habituro, si solverit, regressum suum adversus reum? placuit igitur Ulpiano, in proposito non esse paritum sententiæ arbitri: quia ut nil directo petatur a reo, at vi ipsa ab eo peti intelligitur. Non idem esse, ait Ulpianus: si compromissi cum fidejussore, & prohibitus ab illo petere, peto a principali reo: nisi interfit fidejussoris, a reo non peti. Simile exemplum est in l. 37. D. h. t. Ecce: mutua lis est inter duos. in ea sumptus arbiter vetat, alterum ab altero petere. neuter petiit ab altero; sed ab altero petit heres alterius. an est paritum sententiæ arbitri? aliquis putet: quod nihil est dictum de herede: tantum est veritum; ne alter petat ab altero. quod non est factum. ait tamen Celsus, committi pœnam: quasi sit factum adversus mentem arbitri; etsi non sit factum adversus verba. elegante ratione: quod arbiter, si tantum sensisset de litigatoribus, non etiam de heredibus; magis distulisset litem, quam sustulisset. quod non est probabile eum cogitasse: quia non deferendarum litium causa aditur ex compromisso arbiter; sed earum tollendarum gratia. Possit alicui videri obstare l. 27. §. 1. h. t. Sed non obstat. Superioribus non importune adderetur exemplum l. 34. h. t. Verum hoc jam explicui, De pact. & transact. c. ult.

Intellecto, quando non stetur arbitri sententiæ, possum ineptus videri, adhuc tractans, quando ei stetur. restare tamen de quo ambigatur, observat Celsus l. 23. §. 2. D. h. t. his verbis. Nihil aliud est sententia stare, quam id agere, quantum in ipso sit, ut arbitri pareatur sententiæ. Celsus ait, Quantum in ipso sit, credo, quia visum, hoc sufficere arbitro a cujus mente pendet vis sententiæ. & exemplum Celso in §. 1: Arbitrarius jussit, me tibi dare ante Kalendas. (sic speciem concipio ex tenore loci, & conjunctione ejus cum pr.) ego paratus sum dare. tu impeditus valetudine, aut alia justa causa, non potes accipere. an est paritum arbitri sententiæ? nam quod jussit arbiter, non dedi ante Kalendas, ut volui dare. similis dubitatio, si post Kalendas tu paratus sis accipere, ego non dem: quia non jussit arbiter dari post Kalendas: sed ante. Quid dicimus? quod Celsus, duo esse arbitri præcepta: unum, dari pecuniam: alterum, dari intra Kalendas. ita non committere me in pœnam, quod non dederim intra Kalendas: quoniam per me non steterit, ut darem: nec teneor ultra, quam quantum in me est, at me committere in eam partem, quod deinde non dem, cum jam possim. Ab eodem fonte idem Celsus d. l. 23. §. fin. Si, inquit, arbiter me tibi certa die pecuniam dare jusserit, tu accipere nolueris: posse defendi, ipso jure pœnam non committi. Eodem refero l. 21. §. 7. §. 11. D. h. t.

Ostendi, si non stetur, aut non pareatur, arbitri sententiæ, esse pœnæ petitionem ex compromisso. Deinceps monendum, eam cessare aliquando justa ex causa: qualis in l. 31. D. §. l. 3. C. h. t. quibus potest jungi l. 32. §. 14. D. h. t. de quo supra. similis causa est: si arbiter non servavit formam compromissi. non enim valet sententia: quæ non est

est de compromisso; nec est, cur ei stetur. proinde si agatur ex stipulatu: æquum est, actionem ex stipulatu repelli exceptione doli mali. exempla occurrunt *d. l. 1. C. item l. 32. §. 15. & seqq. l. 50. D. h. t.*

Est quoque ex hoc genere *l. 39. eod. tit.* cuius verba mihi suspecta seditionis, paulo diligentius excutienda erunt. sunt autem talia. *Non ex omnibus causis ex quibus arbitri paritum sententia non est, pœna ex compromisso committitur: sed ex his duntaxat quæ ad solutionem pecuniæ, aut operam præbendam pertinent.* Idem contumaciam litigatoris arbitri punire poterit (pecuniam eum adversario dari jubendo) quo in numero haberi non oportet, si testium nomina ex sententia arbitri exhibita non sunt. Sic Florentiæ. in Norica editione pro, Idem contumaciam. est, Siquidem & contumaciam. Mea sententia, melius. Quamquam nec sic ad integritudinem redit locus: nisi legatur. *Non ex omnibus causis ex quibus arbitri paritum sententia non est, pœna ex compromisso committitur: sed ex his duntaxat quæ ad solutionem pecuniæ aut operam præbendam pertinent.* Siquidem & contumaciam litigatoris arbitri punire poterit, quo in numero haberi non oportet, si testium nomina ex sententia arbitri exhibita non sunt. Ejeci verba importuna Jurisprudentiæ, Pecuniam eum adversario dari jubendo. Sic ad verum accedit sensus, ante falsus, non modo absurdus. Nec timeo addere, prima verba ad verbum, Siquidem, esse Cassii: sequentia continere Javoleni ad eum Notas: juvante conjecturam Inscriptione, Javolenus lib. 11. ex Cassio. Primis verbis quæ dixi Cassii esse, sic definitur: *Non ex omnibus causis ex quibus arbitri paritum sententia non est, pœna ex compromisso committitur.* Quæso, qua ratione? optima: quod non potest arbitri quodlibet statuere, nec in re qualibet, nisi de qua re compromissum est, & quatenus compromissum est: ut supra demonstratum, igitur ut intelligatur, quando committatur ex compromisso pœna, si non pareatur arbitri sententiæ: considerari vult Cassius, an quod iusserit aut vetuerit arbitri, sit ex causis de quibus est compromissum. talesque causas facit duas, unam ait pertinere ad solutionem pecuniæ; eique nullam subjicit rationem, ut non erat opus adjici: manifesto compromissi scopo, ut lis debiti solutione finiatur. alteram causam ait pertinere ad præbendam operam: id est, ut litigatores apud electum arbitrum faciant sui præsentiam. Huc redit sermo *l. 2. C. h. t.* & dicitur Cassio præbere vel dare operam is, qui vocatus adest. Sic utitur Ulpianus *l. 21. §. 11. D. h. t.* De convivis Plautus, Cistellar. 1. 1. *Omni- bus relictis rebus mihi frequentem operam dedistis.* Eodem sensu Tacitus lib. 15. *Annal. c. 52.* *Prompte daturis operam qui a conjuratione integri essent.* Altera igitur causa (ex qua pœnam ex compromisso committi, ait Cassius) pertinet ad operam arbitro præbendam. estque hujus causæ ratio: quod vocatus ab arbitro litigator, si arbitro non præbet operam, id est, si vocatus non facit sui præsentiam, sive si non adest: ejus contumacia sit, ne sententiam dicere possit arbitri. Est igitur vel illa causa de compromisso: & contumax videtur placitæ pœnæ obnoxius *d. l. 2. C. & l. 27. §. 4. D. h. t.* Hæc porro ratio, ut erat digna adjici illustrandæ Cassii defini-

tionem, ita ei subjicitur sequentibus Javoleni Notis *Siquidem & contumaciam litigatoris arbitri punire poterit.* Ita legendum: non, ut Florentiæ, Idem. non enim præsentem convenit loco; etsi per illud, Idem, quis intelligat eundem Cassium, ut a quibusdam fieri video. servato enim hoc verbo, semper repetitur dictum prius quod non fuit Cassio propositum; nec est boni scriptoris. Malim igitur legere, *Siquidem &:* atque esse hæc non Cassii verba, sed Javoleni: posteriorem Cassii causam, annotata hac ratione, explicantis. Cum autem ait Javolenus, *Contumaciam litigatoris arbitri punire poterit:* est sensus; quod arbitri, jubens sibi operam dari a litigatoribus, in causa est, ut absentis contumacia ex compromisso puniatur, adversario pœnam actione ex stipulatu petente. Ita punire dicit Javolenus, pro facere, ut puniatur: pari loquendi forma, qua actor vel accusator dicitur condemnare reum, pro facere, ut reus condemnetur. *l. 6. §. 5. D. de his qui not. infam. l. 6. §. 2. D. Ad Leg. Jul. de adult.* Extant complures tales locutiones passim apud Veteres Auctores: quas adferrem, nisi notæ essent. Utilius monebo, esse argumentum huic meæ interpretationi clarum & certum: quod contumaciam litigatoris ipse numquam punit arbitri, *pecuniam eum adversario dari jubendo:* (id est, pœna ei directo seu palam indicta) quod præfert conturbatus locus. Quin, si rem spectamus, ne potest quidem eum sic punire: quia enim non est arbitro jus, absente litigatore, dicere sententiam; ac, si dixit, nulla est *d. l. 27. §. 4:* cedo, an ullo modo possit contumaciam litigatoris punire, *pecuniam eum adversario dari jubendo?* Accedit: quod his demum datur mulctæ dicendæ jus quibus publice judicium est, & non aliis: nisi hoc hoc specialiter eis permissum est *l. 2. §. ult. D. de judicis.* nihil vero ex his apparet in arbitro. is non habet jurisdictionem, sed notionem, atque ex compromisso, id est, ex privato litigatorum consensu. imo ob hoc oportet invicem promitti pœnam, ut metu ejus a placitis non recedatur *l. 1. C. h. t.* Quid igitur restat? ut (quod Clementi rescriptum *l. 2. C. d. t.*) *Si contra compromissum adversarius tuus apud electum arbitrum præsentiam sui facere decreta- vit, placitæ pœnæ videatur obnoxius:* sive (ut ait Ulpianus *l. 27. §. 4. D. h. t.*) *Si qui litigatorum defuerit, quia per eum factum est, quo minus arbitretur, pœna committatur.* Istæ res est. cæterum contumaciam litigatoris ab arbitro puniri directo, *pecuniam eum adversario dari jubendo,* neque Javoleno venit in mentem, neque jus fuit umquam: cum præsertim, commissa pœna, statim solvatur compromissum *l. 34. §. 1. D. h. t.* ideoque postrema ea verba, *Pecuniam eum adversario dari jubendo,* hætenus molestissima Jurisprudentiæ, reddidi veteri Scio, non advertenti, a Javoleno punire dici, pro facere, ut puniatur. Super sunt hæc Javoleni verba. *Quo in numero haberi non oportet, si testium nomina ex sententia arbitri exhibita non sunt.* Sensus: Quod in numero contumaciæ de qua dictum, non debet haberi, si a litigatore non pareatur sententiæ arbitri: jubentis, sibi edi testes quos ille professus sit se habere. nam si eos non edit: non probat, suam intentionem. ita potest arbitri reum, prout res postulat, aut condemnare aut absolvere.

usque Bonifacii
sunt in Arbitro

TITULUS IX.

Nauta, caupones, stabularii, ut recepta restituant.

JACOBUS Cujacius, V. CL. lib. 23. *Observ. c. 16.* putat, hunc Titulum esse alieni loci; nec magis ad superiora pertinere, quam alium quemvis. ut tamen subiceretur Titulo De receptis, in causa fuisse *Recepti* verbum: cujus una species est allata superiore, altera hoc Titulo exponitur. ac simile quid supra contigisse sub Titulo De calumniatoribus.

Verba Prætoris sunt, *Nauta, caupones, stabularii, quod cujusque saluum fore receperint, nisi restituant, in eos judicium dabo.* Utilitatem hujus Edicti summopere commendat Ulpianus l. 1. §. 1. h. t. ait enim, esse maximam. primum, quia necesse est plerumque sequi fidem navitarum, cauponum, & stabulariorum, & res eorum custodiæ committere. deinde est in ipsorum arbitrio, ne quem recipiant. (sic Florentiæ, *Ne quem. male*, propter l. unic. §. ult. *Furt. advers. naut. caup. stab.* melius apud Haloandrum, *Ne quedam. ipse malim, Ne qua*) præterea, nisi hoc esset statutum, daretur eis materia coeundi cum furibus; cum ne nunc quidem abstineant hujusmodi fraudibus.

Qui sint igitur, qui teneantur, videndum est. Ait Prætor, *Nauta.* Hoc verbum est generale: completens universos qui navis navigandæ causa in nave sunt. sed in proposito Prætor nautam per excellentiam vocat eum, qui navem exercet. ita Ulpianus l. 1. §. 2. h. t. Est autem exercitor is ad quem obventiones & reditus omnes perveniunt, siue sit navis dominus, siue navem a domino vel ad tempus, vel in perpetuum conduxit per averfionem l. 1. §. 15. D. de exerc. act. id est, uno pretio l. ult. §. ult. D. de leg. Rhod. de jact. l. 36. l. 5. paragr. 1. D. Locat. Ille exercitor in d. l. 1. paragr. 3. h. t. etiam naviularius nominatur: solusque non immerito de recepto tenetur: quia æquum est, eum ex sua promissione teneri: at invitum aut ignorantem obligari per alium, per remigem, verbi gratia, vel mesonautam, perquam absurdum est. Videtur tamen Ulpiano nautæ appellatione etiam navis magister comprehendendi d. l. 1. paragr. 2. h. t. id est, is cui ab exercitore mandata est totius navis cura l. 1. paragr. 1. D. de exercit. act. quia ei rei exercitoris voluntate præest: nec interest, utrum hic per se, an per alium, quid saluum fore recipiat. Quamquam (sic pergit Ulpianus d. l. 1. paragr. 2.) si ipse exercitor alicui e nautis, id est, ut ego explico, alii cui e nautis, committi jussit, sine dubio debet obligari. & in paragr. 3. exemplum ponit in his qui *ναυφύλακες* id est, navium custodes dicuntur; item de his qui diætarii appellantur. sunt autem diætarii (ut putat Cujacius lib. 27. *Observ. c. 31.* & post eum Pancirollus, *Thes. var. lect. c. 56.*) sub quorum cura cubacula & cœnationes, ubi arcæ & merces deponuntur. nam ut in ædibus, sic in navibus, diætæ. Petronius *Satyr. c. 115.* *Tum vocum concursu facto, audimus murmur insolitum & sub diætâ magistri, quasi cupientis exire belluæ gemitum.* Quid, si exercitor facit id quod *χειρὶς βολον*, id est, manus immissione, appellant? Hoc verbo utitur Ulpianus in d. §. 3. sed quid significet, ignoratur. Et si liceat ex serie d. l. 1. §. 2. & 3. conicere, designari officium recipientis quid saluum fore in nave. quasi huc redeat Ulpiani disputatio; Prætor quidem in Edicto

generaliter ait, de recepto teneri nautam. at de exercitore solummodo sentit; eo quod non oportet eum per remigem aut mesonautam sine sua voluntate obligari? sed æquum est, eum teneri per se, vel per magistrum, a se navi suæ præfectum. si tamen exercitor jussit, committi alii cui e nautis; adhuc rationis est, obstringi eum. hoc vero evenit in his, qui ab eo navi custodiæ gratia præponuntur, ut sunt *ναυφύλακες*, id est, navium custodes & diætarii. si quis igitur ex his receperit, quid saluum fore: danda in exercitorem est actio de recepto: propterea quod eos hujusmodi præponens officio; eis committi permittit. quid tamen, si navis custos aut diætarius quid receperit, cum exercitor vel magister navis præsens, per se ipse recipit merces salvas fore? nihilominus valet receptum, ex eoque obligatur exercitor: quia verum est, diætarium aut custodem navis, idcirco quod præsens exercitor aut magister etiam ipse facit *χειρὶς βολον*, ab illo ministerio non esse remotum. sed & si hoc non extet: id est, sed & si exercitor aut magister navis non est præsens, nec per se quoque facit *χειρὶς βολον*, tamen obligatur exercitor ex recepto diætarii aut custodis navis. nam si præsens tenetur: quid ni absens? Simplicissimus hic Ulpiani sensus, mea opinione. Etiam mihi persuadeo, *χειρὶς βολον*, *facere* ab Ulpiano eodem dici modo, quo apud Plautum, *Asin. 1. 3.* officium facere; & apud Phædrum, *lib. 1. fab. 15.* medicinam facere; & apud Ulpianum l. 4. §. 3. D. de edendo argentariam facere, dicitur. Aliis aliud, hoc mihi, incidit. Ut ut erit: apparet, Nautæ appellatione in Edicto navis exercitorem contineri. An & ratium aut lintrium? sæpe distinguuntur naves & rates; item naves & lintres. Nonius lintres exponit naves fluminales; & allegat illud Virgilii lib. 1. *Georgic. Cavat arbore lintres.* Inde exercitores lintrarii in Corpore l. Gruteri pag. 492. *Inscr. 5.* De rate sic Isidorus lib. 9. *Origin. c. 2.* Rates primum & antiquissimum genus navigii e rudibus tignis asseribusque confectum. ad cujus similitudinem confectæ naves, ratariæ dictæ. nunc jam rates abusive naves. nam propriæ rates sunt, connexæ invicem trabes. Quid igitur? Ulpianus l. 1. §. 4. h. t. ait, de exercitoribus ratium & lintrariis nihil caveri: sed idem constitui, & hoc usu receptum esse, ac simile in l. 1. §. 14. D. de fluminib. & l. 1. §. 6. D. de exerc. act.

Ait Prætor, *Caupones, stabularii.* Gajus l. 5. h. t. interpretatur, caupones esse, qui patiuntur, viatores in caupona manere: id est, pernoctare & cubare: ut apud Suetonium *Julio c. 39.* *Augusto c. 72.* *Calig. c. 55.* & notat Salmasius ad Capitolinum *M. Antonin. Philosoph. c. 12. p. 315.* Porro vocat Gajus stabularios, qui permittunt, jumenta apud se stabulari. atque ita stabulum accipitur l. 13. in fine D. de usufructu. quamquam alibi sumitur pro mansione hominum, id est, pro diversorio seu caupona: ut notum. Sed hic distinguuntur, alioquin caupones & stabularios, auctore Ulpiano, æque accipiemus eos qui cauponam vel stabulum exercent, instituteve eorum. cæterum, si quis opera mediastini fungitur, non continetur: ut puta atriarum & focarum, & his similes l. 1. §. 5. h. t.

Deinde ait Prætor, *Quod cujusque saluum fore receperint.* Verbum, *Quod*, Ulpianus *d. l. 1. §. 6. & 7.* exponit quamcumque rem, sive mercem, indeque esse quæsitum ait, si quid ei rei, sive merci accedat, puta vestimentum aut simile, ad usum quotidianum ejus qui in nave sit, pertinens: an hoc quoque eo verbo contineatur? poterat quis putare, hoc non contineri. primum, quia navium usus magis ad mercium, quam ad vestium similitumve rerum, transvectionem comparatur. deinde nulla debetur vectura rerum quæ accedunt cæterarum rerum locationi: iniquum autem sit, ad nautam pervenire incommodum rei cujus nullum habet commodum. Sed quia generalia sunt Edicti verba, magis obtinuit, eis non tantum merces, sed cætera etiam quæ ad eas accedunt, comprehendere. eo magis: quia plerumque est eadem accessorii ratio quæ est principalis. sane in commodato responsum, custodiam a commodatario præstandam non in re commodata tantum, sed in ea quoque quæ eam sequitur *d. l. 5. §. 9. D. Commodati.* quid ni igitur idem putemus in recepto? quin si rem spectamus: nautæ hoc Edicto non tenentur ob mercedem vecturamve; sed ob receptum. receperunt autem, salvam fore non minus rem accessoriam, quam principalem. igitur quod de mercede aut vectura contra dictum fuit, nullam habet juris consequentiam. ita ex Viviano Ulpianus *d. l. 1. §. 6.* & plenius Paulus *l. 4. §. 2. h. t.* stetitque ab ea parte etiam Gajus *l. 5.* Ait igitur Prætor, *Quod*: & quia late patet ejus verbi potestas; placet Pomponio apud Ulpianum *d. l. 1. §. 7.* parvi referre, res nostras, an alienas intulerimus: si tamen nostra inter sit, salvas esse. Et causatur Ulpianus, Etenim nobis magis, quam quorum sunt, debent solvi.

Cæterum Prætor, cum ait, *Receperint*, eo verbo intelligit, promiserint. recipere enim est, promittere. itaque qui receperint rem salvam fore, in Edicto sonant, qui promiserint rem salvam fore. Quemadmodum autem receperint, nihil refert. nam & tacite recipi potest. Ita illatæ in navem res, receptæ sunt, etsi non sint adsignatæ *l. 1. §. ult. h. t.* Imo etsi nondum sint in navem receptæ, sed in litore perierint: quas semel recepit exercitor, earum periculum ad eum pertinet *l. 3. h. t.* Sufficit igitur, receptum esse: & quatenus ad verba Edicti; non refert, utrum nautæ, caupones, stabularii receperint, tamquam negotium suum gerentes, an tamquam aliud: est enim generalis Edicti sermo. sed contra est, ejus mentem spectantibus: non enim videtur Prætor sensisse de aliis, quam qui rem salvam fore receperint velut nautæ, aut caupones, aut stabularii. itaque si alibi, quam in nave, aut caupona, aut stabulo, passi sint, quid immitti: non erit huic Edicto, sed aliis actionibus, locus. licet enim sit nauta, caupo, aut stabularius; utique recepit extra suum negotium, sive navis, sive caupona, sive stabuli: & ideo non tamquam nauta, caupo, aut stabularius; quos innuit Prætor *l. 3. §. 2. h. t.*

Porro ait Prætor, *Salvum fore.* Hæc verba sic accipienda sunt: ut nauta præstet factum non solum nautarum, sed & vectorum: & caupo etiam viatorum. verbum enim, *Salvum*, cum effectu intelligitur: nec præstatur salvum: nisi salvum sit adversus omnes *l. 1. §. ult. l. 2. & 3. h. t.* Hoc plus monet Gajus *l. 5. §. 1.* quod qui salvum fore receperit, non solum videtur a furto, sed etiam a damno, salvum recipere.

Sequitur in Edicto, *Nisi restituent, in eos judicium dabo.* Ex his verbis apparet, hoc Edictum differre

a superiore, quod est *De receptis.* & qui arbitrium receperunt &c. nam illic ait Prætor, *Cogam*; & extraordinariam designat cognitionem. hic ait, *judicium dabo*; quod est ordinarii judicii. Id si animadvertisset Jacobus Gothofredus *Manuali juris*: non reprehendisset Jacobum Cujacium: eo quod in *Observationibus* hosce Titulos parum coherere, existimavit.

Sed redeo ad Edictum. Ait, *Judicium in eos dabo.* Judicium hoc est in factum, *l. 3. §. 1. h. t.* & comparatum ad restitutionem rei, non ad pœnam. id colligitur ex adjectis verbis, *Nisi restituant*, nullam facientibus pœnæ mentionem. inde dicitur continere rei persecutionem *d. l. 3. §. 4.* Ejus judicii causa est obligatio ex recepto: id est, ex conventionem a Præatore hoc Edicto confirmata. Habet autem locum; si nauta, caupo, aut stabularius, aliquid receperint fore salvum. Datur porro his quorum interest, merces salvas esse, sive sint eorum, sive alienæ *l. 1. §. 7. h. t.* Datur vero in nautas, caupones, aut stabularios; nec minus heredibus, & adversus heredes. Ad quid? ad hoc, ut restituant quod salvum fore receperint; alioquin ad id quod interest, id factum esse. est igitur rei persecutoria, ut dixi, & perpetua *d. l. 3. §. 4.* cui jungi potest *l. 3. §. 5. D. de obligat. & act.*

Exposita est in factum actio quæ ex hoc Edicto de recepto a nautis, cauponibus, & stabulariis, proficiscitur. Sed an sit necessaria, fuit quæstionis? eam quæstionem proponit & dissolvit Ulpianus in *d. l. 3. §. 1.* & est locus ille elegans. In quo primum notanda hæc locutio, *Ut innotesceret Prætor curam agere reprimenda improbitatis hoc genus hominum*: quam locutionem observat Scipio Gentilis *lib. 1. Parerg. c. 6.* Deinde tractat Ulpianus, quid in recepto prælectum præstare nautam, cauponem, & stabularium oporteat. Sic autem infit: *Et quia in locato conducto culpa, in deposito dolus duntaxat præstatur; at hoc Edicto omnimodo qui recipit, tenetur etiam si sine culpa ejus res perit, vel damnum datum est; nisi si quid damno fatali contingit. inde Labeo scribit, si quid naufragio, aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem dari.* In his verbis *Sine culpa* est, si quid damno fatali contigit. igitur etsi nulla sit nautæ, aut cauponis, aut stabularii, culpa, tamen tenentur de fortuito casu ipso jure. sed illis fas est, setueri per exceptionem, Nisi si quid damno fatali contigerit. ita restat, ut de dolo & omni culpa teneantur, etiam levissima: cum depositarius tantum de dolo & culpa lata conveniatur; & in locato nil ultra levem præstetur. is sensus *d. l. 3. §. 1.* De concursu hujus actionis cum aliis vid. *d. l. 3. §. ult. & l. 4. h. t.*

Satis de actione in factum de recepto a nautis, cauponibus, & stabulariis; de qua actione Paulus egit *lib. 13.* Ad Edictum, & Ulpianus *lib. 14.* Sequens labor spectat ad actionem in factum adversus nautas, caupones, & stabularios, de damno injuria dato; de qua præterea sub hoc Titulo agitur, est autem hæc superiori dissimilis: ideoque confundi cum ea non debet. cum enim illa sit ex recepto, & rei persecutoria; hæc est quasi ex maleficio, & pœnalis. hanc (quantum accepi ex Inscriptione *l. pen. & ult. h. t.*) conjunxit Prætor cum Titulo Ad Legem Aquiliam, ad cujus interpretationem spectat, nam prior desumpta est ex Pauli *lib. 22.* Ad Edictum; posterior ex Ulpiani *lib. 18*: quibus libris eos Legem Aquiliam exposuisse, ex ejus Tituli

Tituli Fragmentis manifestum est. Similis actio in factum adversus nautas, caupones, & stabularios, proposita a Prætoris fuit de furto in nave, caupona, aut stabulo, admissio ab his, quos ad suum ministerium ibi adhibeant. de hac actione scripsit Ulpianus lib. 38. Ad Edictum: ut liquet ex *l. unic. D. Furti advers. naut. caup. & stab.* in qua testatur Edicti sensus: nam verba delevit longa ætas. attingit eam actionem leviter Paulus *l. 6. pr. & §. 4. D. h. t.* differam igitur ejus explicationem: donec perveniam ad lib. XLVII.

Nunc exponam Edictum de damno injuria dato in nave, caupona, aut stabulo. ejus Edicti verba similiter periere. sententia videtur talis fuisse. *In nautas, caupones, & stabularios, si damnum injuria datum erit ab his quorum opera navem, cauponam, aut stabulum, exercent, in duplum judicium dabo: nisi prædixerint, ut unusquisque res suas servet, & prædictioni consensum sit.* Ratio Edicti summa. quid ni enim exercitor navis, caupona, aut stabuli, actione in factum suo nomine teneatur, damno injuria dato per eos quorum opera usus sit in nave, caupona, aut stabulo? nam ut ipse non deliquerit, qui per se non dederit damnum injuria: est tamen aliqua ejus culpa; quod malos adhibuerit homines, per quos læsi in nave, caupona, aut stabulo, sunt vectores aut viatores *l. 5. §. ult. D. de oblig. & act.* Igitur interest inter hoc & superius Edictum. nam exercitor illic propter receptum tenetur: hic propter damnum injuria datum. eaque duo, ut sunt diversa, sic confundi non oportet. in proposito autem exercitor tantum tenetur de facto eorum quorum opera navem, cauponam, aut stabulum, exercet: nisi quod caupo etiam pro his qui habitandi causa in caupona sunt, convenitur: viatoris autem nomine, ejusve qui hospitio recepto recipitur, non tenetur *l. 6. §. 3. D. h. t.* pulchra ratione quæ est in *l. unic. §. ult. D. Furti advers. naut. caup. & stab.* Ulpianus *l. 7. h. t.* debet, inquit, exercitor præstare factum omnium nautarum suorum, sive liberi, sive servi sint: cum ipse eos suo periculo adhibuerit. etsi quod de servis refert, tunc verum est; cum alienos adhibuit: hic enim debuit explorare, cujus fidei atque innocentie sint. at si proprios adhibuit: fortassis erit venia dignus quasi in domestico & necessario malo: nimis nota servorum nequitia. quare sufficit, ex his quales quales ad instruendam navem adhibuisse; & noxæ deditione defungeretur *d. l. 7. §. 4.* quod non ita esse in recepto, supra dictum. Quid, si nautæ servus damnum dederit? poterat dubitari: quia hujus aut illius nautæ servus non utique est nauta, aut tamquam talis ab exercitore adhibetur. Sed creditum est, æquissimum esse, adhuc in

exercitorem eo nomine dari actionem utilem *d. l. 7. §. 3:* quia ut ipsum hunc servum non adhibuerit exercitor, ideoque adversus eum non detur directa actio: usus tamen est servi domino; passusque, servum cum eo esse in nave. sed nec magno-pere interest, utrum per ipsum dominum, an per ejus servum, damnum injuria datum sit. Inde quaesitum; si nautæ inter se dederint damnum: an eo oneretur exercitor? negat Ulpianus *d. l. 7. §. 2:* eo quod læsus non recte imputet exercitori, cur eos adhibuerit nautas ex quibus ipse, citra necessitatem, esse elegerit. Quid, si quis sit & nauta & mercator? possit alicui idem videri: quia ejus factum solet ab exercitore aliis idcirco præstari, quod ejus opera utitur. interim tam est mercator, quam nauta; & ideo exercitorem etiam ipsi teneri, magis placuit *d. l. 7. §. 2.* Sed apparet, exercitorem quasi ex maleficio teneri: si ab his quorum opera usus sit, damnum injuria datum sit. nec est omittendum, quod ait Paulus *l. 6. h. t.* licet gratis navigaveris, vel in caupona gratis diverteris, non tamen in factum actiones tibi denegari, si damnum injuria passus es. Unum desideratur, ut damnum datum sit in nave, caupona, aut stabulo: nam si extra navem, licet a nautis erit datum: nihil pertinet ad hoc Edictum *d. l. 7.*

Idem ait Prætor, si exercitor prædixerit, ut unusquisque vectorum res suas servet, neque se præstaturum damnum; & vectores consenserint prædictioni *d. l. 7.*

Postremo ait Prætor, *In duplum actionem dabo.* Hæc clausula extat in *d. l. 7. §. 1.* ex eaque apparet: quod hæc actio est pœnalis. non tamen est annua, sed perpetua *d. l. 7. §. ult.* ut ut prætoria: sicut furti manifesti actio, quamvis ex ipsius Prætoris jurisdictione proficiatur, perpetua est. *pr. Inst. de perpet. & temp. act.* Minus necesse sit, moneri; quod hæc in factum actio non datur adversus heredem exercitoris. nam id est consequens naturæ actionis pœnalis quasi ex maleficio. Prævit tamen vel hac in parte Ulpianus *d. l. 7. §. ult.* Nisi ille in *l. 3. §. 4. D. h. t.* contra sic scribit: *Hæc autem rei persecutionem continet, ut Pomponius ait; & ideo & in heredem, & perpetuo dabitur.* Sed noli miscere quæ distant toto cælo. nam in *d. §. 4.* ab Ulpiano non exponitur actio in factum de damno injuria dato in nave, caupona, aut stabulo; de qua agitur in *d. l. ult. §. ult.* sed actio in factum de recepto a nauta, caupone, aut stabulario: quæ non est quasi ex maleficio, sed ex conventionione: nec pœnalis in duplum, sed rei persecutoria. Non opus verbis: huc ducit varietas Inscriptionum utriusque capitis, quam indicavi paulo ante, & annotavi pridem *lib. 2. Observ. c. 9.*



DIGESTORUM SEU PANDECTARUM

PARS SECUNDA.

LIBER QUINTVS.

TITULUS I.

De judiciis: & ubi quisque agere vel conveniri debeat.



UPERIORE libro vidimus duas causas ad-
eundi in jure Prætoris.
hoc sequitur tertia: at-
que illa est, ut actori
postulanti det actio-
nem & Judicem, præ-
scripta formula: secun-
dum quam causa ab eo
cognoscatur, & reo da-

mnato vel absoluto, lis instituta terminetur. De-
monstratum hoc est lib. 1. *De jurisdictione & imperio*
c. 13. & c. 15. Nec est jam dissimulandus ejus effe-
ctus valde insignis & notabilis: videlicet, quod ex-
indelis esse dicitur contestata l. unic. C. de litis con-
test. item judicium susceptum l. 52. D. h. t. & eo
inter litigatores quasi contractum l. 3. §. 11. D. de
peculio, item novatio facta, indeque actio esse perpe-
tua & ad heredes transitoria, quamquam ante non
erat talis l. 11. & l. 29. D. de novat. §. 1. Inst. De
perpet. & temp. act. postremo solet Procurator lite
contestata haberi litis dominus l. 22. & l. 23. C. de
procurat. Sic igitur Judicis, actionisque & formulæ
petitio, tertia & nobilis causa ad eundi in jure Præ-
toris; & præsentem Titulum superioribus subji-
ciendi.

Partes autem Tituli duæ sunt: una de judiciis:
altera, ubi quisque agere vel conveniri debeat, prius
agam de judiciis. Est autem judicium, legitima di-
sceptatio inter actorem & reum apud Judicem
competentem, litis finiendæ vel maleficii puniendi
gratia. Nimirum sic pro *Cacina* scribit Cicero: *Om-
nia judicia aut distrahendarum controversiarum, aut
puniendorum maleficiorum causa reperta sunt.* Ac pro
diversitate hujus finis alia civilia, alia criminalia ap-
pellantur. civilia quidem; cum ad privatæ injuriæ,
privatque juris, sive commodi executionem spe-
ctant. criminalia vero; cum sunt pro vindicanda
reipublicæ disciplina, atque ad ejus, non ad actoris,
utilitatem referuntur. ita actor in civili judicio sibi
consult: pœnam pecuniariam, vel quod sua inter-
sit, petens sibi dari. accusator in criminali judicio
non se respicit, sed fisco; tantum pœnam petens,
eamque non sibi, sed fisco solvi: sive sit corporis, si-
ve pecuniæ. prius indicat Cicero *Verrina* 1. c. 10.
simulque, hoc ordinarii juris fuisse, verba Cicero-
nis: *Civibus cum sunt erepta pecunia, civili fere actio-
ne, & privato jure repetuntur.* Utrumque probat Pau-
lus l. 9. §. 5. D. de publicanis, verbis sequentibus:
*Quod illicite publice privatimque exactum est, cum al-
tero tanto passis injuriam exsolvitur: per vim vero ex-
tortum cum pœna tripli restituitur. amplius extra or-
dinem plectuntur: alterum enim utilitas privatorum,
alterum vigor publicæ discipline postulat.* Paulus sig-
nificat, quod a publicano illicite exactum, vel per
vim extortum sit, id & privatam utilitatem offen-
dere, & vigorem publicæ disciplinæ infringere.

Igitur pro utroque vindicando recte agi: privatim
quidem tripli vel dupli, id est, jure ordinario, sive ci-
vili actione: publice vero criminaliter, sive extra
ordinem, id est, extra ordinem jure civili olim rece-
ptum: alterum privatæ utilitati, alterum vigori pu-
blicæ disciplinæ, esse consequens. Igitur, ut rem in
paucis conferam, quisquis civiliter & ordinario ju-
re agit, is sibi petit, non fisco; quisquis extra ordi-
nem agit, is non sibi petit, sed fisco, sive reipublicæ.
sic jam docui *Diocletiano & Maximiano* c. 2. nec a-
liud in præsentem præterea desideres: nisi quod hoc
esse criminaliter agere, etiam intelligitur collatione
l. ult. D. de furtis & l. ult. D. de privat. delict. nec re-
ferre; utrum quæ petitur pœna, sit corporis, an pe-
cuniæ; modo fisco petatur. nam si actori petatur,
quamvis per consequentiam etiam reipublicæ con-
sulatur, tantum civile judicium esse existimatur d. l.
9. §. 5. Erit fides Ulpiano, de actione depositi quæ
semper civilis est, ac tantum actori petit, hoc modo
attestant: l. 1. §. 4. D. Deposit. *Hæc separatio causarum
justam rationem habet: quippe cum quis fidem elegit, nec
depositum redditur, contentus esse debet simplo. cum vero
extante necessitate deponat, crescit perfidia crimen: &
publica utilitas coercenda est, vindicanda reipublicæ cau-
sa: est enim inutile in causis hujusmodi fidem frangere.*

Est igitur judicium, ut bene præfert definitio,
comparatum vel litis finiendæ, vel maleficii puni-
endi, gratia. Addit, esse disceptionem inter acto-
rem & reum apud Judicem competentem. nam ita
constituitur judicium ex tribus: ex actore qui petat,
ex reo a quo petatur, & Judice qui inter utrumque
sedeat medius. absente una ex tribus personis; non
est judicium. fac, deficere eum qui petat, aut unde
petatur. non est lis: ideoque nec Judice, nec judi-
cio opus. fac, utrumque esse, sed Judicem delidera-
ri. jam litem dicas; at judicium non dices. sed ra-
tione intelligitur, etiam ex Ulpiano l. 13. §. 4. D.
Ad Senatusc. Trebell. ut judicium sit, oportere & a-
ctorem & reum & Judicem esse.

Primum posui actorem qui petat, maxime vo-
lens. ut enim judicia esse dicantur inter invitos
l. 83. §. 1. D. de verb. oblig. reum spectantibus, qui
& fugiens & fugere dicitur l. 13. §. 2. 3. 9. C. h. t.
nemo tamen invitus agere vel accusare cogitur. sic
Diocletianus l. unic. C. Ut nem. invit. agere. vel ac-
cus. cog. & magna ratione. cur enim improbet Præ-
tor verecundiam ejus qui lites execratur? utatur
igitur qui velit, sua actione; qui nolit, ne cogatur.
Res certa: & est sic rescriptum a Diocletiano &
Maximiano l. 20. C. de pignorib. & l. ult. C. de usur.
pupillarib. Aliquem moretur l. 5. C. de ingenuis ma-
numissis, a primis verbis *Lex Diffamari* appellata.
Vulgo creditur, ea permitti unicuique cujus fama
alterius jactatione læsa sit, diffamatorem cogere,
suam actionem intra certum tempus intendere
sub pœna silentii, si cesser. Sed est somni-
um. en verba; *Diffamari statum ingenuorum,*
sen

seu errore, seu malignitate quorundam, per iniquum est: praesertim cum affirmes diu Praesidem unum atque alterum appellatum a te, vocitasse diversam partem, ut contradictionem faceret si defensionibus suis consideret; unde constat merito rectorem provinciae commotum allegationibus tuis, sententiam dedisse, ne de cetero inquietudinem sustineres. Si igitur adhuc diversa pars perseverat in eadem obstinatione: aditus Praeses provinciae ab injuria temperari praecipiet. Tenes verba: porro speciem accipe. Aliquis praese tulit, Crescentem quemdam suum esse libertum. Crescens ille de hoc questus est apud Praesidem, & hoc mortuo, apud ejus successorem: petens, diffamatorem, si defensionibus, id est, juri suo confidat, contradictionis faciendae causa evocari. evocatus ille ubi non parebat evocationi; obrulit Praesidi Crescens suae documenta ingenuitatis. his motus Praeses, eam sua confirmavit sententia: vetans, ne ejus statum deinceps turbaret diffamator. sed cum hic in eadem perseveraret obstinatione: mox interpellati per Libellum a Crescente Imperatores Diocletianus & Maximianus, jusserunt, ab eo denuo adiri Praesidem: praecipiturum, ab injuria temperari. Hic ist tenor Rescripti. at non de quacumque diffamatione; ut ab Interpretibus passim doctis & claris cum in Foro, tum in Academiis putatur: sed de diffamatione status ingenuitatis. hunc Imperatores diffamato permiserunt illo tueri modo: qua ratione? mihi nulla liquet: nisi sit favor libertatis. qui si non est; solum quod licet, dicam, hac in specie sic placuisse jure singulari: nec tamen ex *d. l. 5.* non enim est Lex nova, sed est Rescriptum ad factum a Crescente oblatum. quin fuit jam ante juris recepti; ut possit quis status sui probationes ultro adferre *l. 39. D. de liberali causa. l. 14. D. de probationib.* illud vero in una receptum causa ad alias trahi per consequentiam non oportet: cum praesertim ab iisdem Impp. Diocletiano & Maximiano (quorum est *d. l. 5.*) alias sit sine exceptione traditum, neminem qui nolit agere, invitum cogi agere. Non ignoreo, id fallere, quoties ab alio agi, alterius interfit; utique pecuniarie, atque idonea ex causa *l. 13. §. ult. D. de actionib. empt. l. 60. §. 5. D. Locati. l. 8. D. de opt. leg. l. 75. §. fin. D. de legat. lib. 1. l. 2. D. De Leg. Rhod. de jact. l. 2. §. 28. D. Ne quid in loc. public.* Sed in his exemplis non est diffamati existimatio alterius jactatione infulcata. Quid si praeterea est assuetus Praetor, factis remedium dare, ac minas lusorias & verborum inania contemnere *l. 4. D. Si cui plus quam per Leg. Falcid. l. 9. D. Quod met. caus?* Quod si delicatior aliquis injuria se affici hujusmodi jactatione arbitretur: est actio injuriarum. hac utatur: auxilium a *d. l. 5.* ne expectet. Idem est animadvertere, si quis dicat, suam esse hereditatem, quam alius jactet esse suam: nam neque hic patet *d. l. 5.* sed petitio hereditatis: ac ne haec quidem datur adversus eum qui se ferat heredem, cum nihil possidet; sed demum adversus possessorem vel hereditatis, vel rei hereditariae, vel juris hereditarii, licet minimi. Simile est in rei vindicatione, si cui aegre sit, ab alio clamari, se esse dominum rei, cujus possessor idem sit & dominus. nam domino sufficit quod possidet, quantumvis alter jactet, se esse dominum. Sic Ulpianus *l. 1. §. 6. D. Uti possidetis.*

Sed apparet, neminem invitum, regulis juris cogi agere: volentem posse agere: modo habeat legitimam personam standi in judicio. Huc ducit Titulus Codicis, *Qui legit imam personam standi in judiciis habeant, vel non.* De his igitur vi-

deamus. Summa spectat ad servos, filios familias, & patres familias. Quod ad servos attinet: de his parata est responsio, quia pro nullis habentur jure civili *l. 32. D. de reg. jur.* si quam adquirant actionem, non esse eorum, sed domini; solumque ea proinde experiri dominum: servum vero in judicio neque per se stare, neque per procuratorem. Usque adeo, ut sic scribat Papinianus *l. 44. §. 1. D. h. t.* Cum postea servus apparuit, cujus nomine per procuratorem fuerat actum, absolvi debitorem oportet. Aequè recte addit: *quæ res domino quandoque propriam litem inferenti non obstabit.* Nimirum, quia non ab actione quæ domini est, absolutus debitor est; sed ab instantia servi quæ erat inutilis & plane nulla. Non igitur potest inter servum & liberum civile judicium consistere *l. ult. C. de noxal. action.* multoque minus inter servum & dominum: non fi-niente ratione, ut quis sibi a se petat. In criminali autem judicio ut servus accuset dominum, ad exemplum spectat. atque hac ratione apud Tacitum *lib. 13. Annal. c. 10.* non est receptus in reos Carinas Celer servo accusante. Fuit tamen utraque in causa aliquid laxatum de rigore juris. Utrique Seneca *lib. 3. De benefic. c. 22. De injuriis dominorum in servos qui audiat, positus est, qui & sevitiæ, & libidinem, & in præbendis ad victum necessariis avaritiam comescat.* Sic Seneca. nec indignatur Ulpianus; etsi non alias, quam si de dominis querantur, & verecunde expostulent servi; non autem accusent dominos: hoc enim, inquit, servis nequaquam permittendum *l. 1. §. 1. & §. 8. D. de offic. Praefect. Urb.* Curate Ulpianus, cum eos queri vult. nam hoc est eorum quibus non licet cum eo de quo queruntur, pari jure consistere. Sic de Diis queri homines, indicat hoc Martialis *lib. 1. Epigr. 13.*

--- Timuit nostras fortuna querelas,

Quæ par tam magna non erat invidia.

Similiter liberi dicuntur queri de inofficioso patris testamento; & remedium quo id rescinditur, querela vocatur: quia Lege Duodecim Tabularum valebat inofficiosum patris testamentum *pr. Inst. & l. 1. D. de inoffic. testam.* Insuper dicitur appellatio continere querelam iniquitatis sententiæ *l. 17. D. de minorib.* & ipsa querela appellatur *l. 10. D. Qui satisf. cog.* puto, quod Judicis sententia, licet iniqua, inter privatos jus facit *l. 11. D. de justit. & jur.* Postulat igitur Ulpianus, nam ad eum redeo, servos de dominis queri, non etiam dominos accusare. hoc vero caver, ne directo adeant Praefectum Urbi: (quod esset dominos accusare) sed prius ad statum confugiant, & inde abducantur; ut querentes a Praefecto audiantur. Sic Ulpianus *d. l. 1. §. 1. D. de offic. Praefect. Urb.* nec tamen negat in §. 8, receptas fuisse causas in quibus servis permitteretur consistere adversus dominos: easque causas refert Hermogenianus *l. 53. D. h. t.* Satis de servo.

Transeo ad filios familias. quid hic? non potest stare contra patrem, in cujus potestate sit: non magis, quam servus contra dominum. clare Gajus *l. 4. d. t. Lis*, inquit, *nulla nobis esse potest cum eo quem in potestate habemus.* hac optima ratione: quia nemo potest contra se stare. est autem una filii & patris persona. Excipit Gajus: *Nisi ex castrensi peculio.* nempe, quia in eo pro patre familias habetur. sed in profectio peculio aliud est. quin Ulpianus *l. 11. D. d. t. Si*, inquit, *a me fuerit adrogatus qui mecum erat litem contestatus, vel cum quo ego: solvi judicium, Marcellus libro tertio Digestorum scribit. quoniam nec ab initio inter nos potuit consistere.* Sic: si cum patre confe-

conferatur filiusfamilias. quid, si adversus extraneum experiatur? nec hoc potest: quia nihil habet proprium jure civili. contra ut servi, sic filiifamilias, peculium dicitur: & quodcumque acquirit, non sibi, sed patri acquirit *l. 79. D. de adq. hered.* quapropter etiam, si qua de hoc actio sit, non filii, sed patris actio est: nec hac filius, sed pater utitur.

Vera hæc sunt in actionibus directis. at in factum actiones etiam filiosfamilias exercere, Ulpianus refert *lib. 1. Disputationum*, ex quo est *l. 13. D. de oblig. & act.* easque in *l. 17. D. de reb. creditis*, quæ est ex eodem libro. *1. Disputationum*, vocat extraordinarias, dicit & utiles *l. 8. D. de procuratoribus*. Non absereerit, ejus juris originem progressumque meo more indicare. Ulpianus in *d. l. 8.* ponit exemplum in actione injuriarum: in qua filiosfamilias injuriam passo, Prætorum Edicto suo id indulgisse, apparet ex *l. 17. §. 10. D. de injuriis*, etsi non indistincte: sed, si pater absit; nec patris procurator ullus sit; aut sit, sed experiri nolit. Causa Prætori fuit: ne servata Juris subtilitate, pereat injuriæ actio annalis, & impunito maleficio, absens filiusfamilias, adversus patris voluntatem, injuriam patiat. Hoc cum in una placuerat injuriarum actione; mox similitudine rationis obtinuit in interdito Quod vi aut clam; consentiente non modo Labeone *l. 13. §. 1. D. Quod vi aut clam*, sed Sabino quoque *l. 19. D. eod. tit.* forte quia vel hoc annale est; & vi factum, injuriæ proximum habetur. At nec huc usque stetit utilitas, quin idem suasset, si filiusfamilias ex aliqua noxa ex qua patri actio, quamvis perpetua & civilis, competat, experiri velit, furto, verbi gratia, aut damno injuria dato. Autum hoc Julianum, in memoria habet Ulpianus *l. 18. §. 1. h. t.* præfatus, quod Juliano placet, si filiusfamilias legationis vel studiorum gratia aberit, & vel furtum vel damnum injuria passus sit: posse cum utili judicio experiri. Qua ratione? hac optima, Ne, dum pater expectatur, impunita sint maleficia; quia pater venturus non est, vel dum venit, subtrahat se is qui noxam commisit. Quid, si res non ex maleficio veniat: sed ex contractu, puta commodato, mutuo, deposito, mandato? adhuc placuit Juliano, filiumfamilias suo nomine actionem habere, teste Paulo *l. 9. D. de oblig. & act.* idemque censuit deinde Marcellus apud Ulpianum *l. 19. D. Depositi*. Est & a Scævola responsum, (quod idem Ulpianus *lib. 1. Disputationum* refert *l. 17. D. de reb. creditis*.) Cum filiusfamilias viaticum suum mutuum dederit, cum studiorum causa Romæ ageret, extraordinario judicio esse illi subveniendum: id est, actione in factum, sic enim interpretor; & ab eodem Ulpiano in eodem *lib. 1.* appellatur *l. 13. D. de oblig. & act.* vocatur & utilis actio in *d. l. 18. §. 1.* ubi ait Ulpianus, Se semper probasse, (puto ex Juliani sententia) ut, si res non ex maleficio veniat, sed ex contractu, debeat filius agere utili judicio, forte depositum repetens, vel mandati agens, vel pecuniam quam credidit, petens. quando, quo casu? si forte pater in provincia sit, ipse autem forte Romæ vel studiorum causa, vel alia justa ex causa agat. Quid ita? ne, si ei non dederimus actionem, futurum sit, ut impune fraudem patiat, & egestate Romæ laboret, viaticulo suo non recepto, quod ad sumptum pater ei destinaverat. & finge, Senatorem esse filiumfamilias, qui patrem habet in provincia: nonne augetur utilitas per dignitatem? Hæc de peculio filiifamilias, cum castrensi, tum profectitio. Cæterum quod ad ad-

ventitium novo jure inductum attinet; in eo Justinianus in *l. 8. pr. & §. 3. C. de bonis qua liber.* (cui addo *l. 1. §. ult. C. de annal. except.*) hanc dedit formam: ut, si ususfructus ad patrem pertineat, proprietas ad filium: patris actio sit, sed filii consensus adhibeatur. quod si plena sit filii proprietas, ususfructus non sit patris: actio filii sit, adhibito tamen patris consensu; & si consentire nolit pater filio, vel agenti vel fugienti, officio Judicis consentire cogatur: ne judicium sine patris consensu videatur. Atque hoc si est: putemus, in adventitio peculio esse communes patris & filii actiones: fere sicut patri & filiae est communis de dote actio: quia ipsius & filiae dos est. quare nec potest pater sine voluntate filiae de dote experiri; nec illa sine voluntate patris *l. 2. §. 1. & 3. D. Solut. matrim.* etiam exigitur utrimque cautio de rato: ut in omni actione communi jus est *l. 23. §. 4. & 10. D. eod. tit.* Illud non improbabile est, quod in *d. l. 2. §. 1.* dicitur, communem esse de dote profectitia actionem, æque verum esse in adventitia, tam antiquo jure, de quo Ulpianus in *Fragm. tit. 6. §. 6.* quam jure Justiniano: itaque utriusque consensum etiam hodie considerari: ut ad *d. §.* est annotatum a Doctissimis Viris.

Præter servos & filiosfamilias, sunt & patesfamilias, non habentes personam standi in judicio. exemplum in pupillis & minoribus; postulante eorum utilitate, ne agant, neve se defendant; nisi ex auctoritate aut consensu tutorum curatorumque: proinde si contra fiat, & litem amittant; non valet sententia *l. 1. & 2. C. Qui legitim. person. stand. in judic. non hab.* quamquam si minorem admiserit adversarius, & forte sit ab eo victus; rationis est, sustineri sententiam pro minore latam; quia (ut egregie ait Gordianus *l. 14. C. de procuratoribus*) minoribus ætas in damnis subvenire, non in rebus prospere gestis obesse consuevit. Imo generaliter est a Theodosio & Valentiniano rescriptum. *l. 6. C. de legib.* Quod favore quorundam constitutum est, quibusdam casibus ad læsionem eorum volumus inventum videri. in eumque sensum extat etiam Modestini responsum *l. 25. D. eod. tit.* Est tamen ejus, quod de minoribus dixi, exceptio in causa momentaneæ possessionis in *l. 3. C. Qui legitim. person. stand. in judic. non hab.* quæ est Theodosii & Valentiniani, translata ex *l. ult. Cod. Theod. Unde vi.* volunt enim illi Imperatores, momentaneæ causæ actionem posse exerceri per quamcumque personam: id est, non tantum per majores, sed etiam per minores quinque & viginti annis: de quibus ibi sermo est. idque eo minus mirum: quia ne servos quidem, etsi hujusmodi conditionis hominibus causas perorare fas non sit, ea in specie rejici, patitur Constantinus *l. 1. Cod. Theod. Unde vi:* ex qua descripta est *l. 1. C. Si per vim vel. al. mod. absent. perturb. sit pos.* Sic quidem in quæstione de momento, at sub illo colore de proprietate a minore exerceri quæstionem in *d. l. 3. & d. l. ult.* non placuit: quia minoris persona in judiciis sine curatore non est legitima.

Præter pupillos & minores, nec Magistratus quo anno sunt cum imperio, in judicio standi personam habent. Sic visum Hadriano Epistola Græca: cujus partem recitat Paulus *l. 48. h. t.* illi autem Magistratus, quia ab Hadriano Archontes vocantur, aliquando quæsitum a Doctissimis Viris fuit, quinam illa appellatione præsertim intelligantur. & quidem Andreas Alciatus *lib. 4. Disposit.* 6, 6. eos accipit de summis Atheniensium

Magistratibus: quos Athenis Archontes appellatos fuisse, negari non potest. Sed Antonius Augustinus, *Ad Modestinum*, pag. 360. & seq. non improbabili- ter existimat, quoscumque Majores Magistratus, ut Præsides & similes, hoc nomine ab Hadriano signifi- cari. Hæc de actore.

Sequitur reus: a Prætorē l. 3. *D. de jurejurando* ap- pellatus is a quo petitur: eodemque modo a Teren- tio *Prolog Eunuch. vers. 10.* & Cicerone *Pro Murena c. 12.* & lib. 7. *Ad Trebatium Epist. 11.* is unde petitur, cæterum Festus rei nomine etiam actorem venisse refert. Sed hæc nota omitto: nec minus, quid nunc vulgo illa sonent vocabula. Hoc potius volo, quod in actore tenui iter, idem in reo servare: possit enim vel hic de servo, deque filiofamilias, & paterfamilias quæri, primum quod ad servum attinet: is quia pro nullo habetur jure civili l. 32. *D. de reg. jur.* nec mi- rum, hoc nulla illum teneri obligatione ex contra- ctu aut ex maleficio: & quod est consequens, nul- lam inde cum eo esse actionem l. 107. *D. d. tit.* at nec ejus videri personam quæ in jus vocari l. 3. *D. Ne quis eum qui in jus vocat.* & judicio conveniri possit l. 6. & 7. *C. h. t.* Contra verum est, ex servi gesto aut noxa solum dominum actione de peculio aut noxali teneri, quod si non dominus sit conventus condem- natusque, sed servus: traditum est, sententiam pro nulla haberi; nec ex ea de peculio adversus domi- num judicati actionem dari. Aliquem turbet: quod in Edicto Prætor adversus dominum pollicetur a- ctionem de peculio: si quod cum eo qui in alterius potestate est, negotium gestum erit l. 1 §. 2. *D. de pe- culio*: nec est dubium, quin lite contestata, judicio quasi contrahi judicati obligatio intelligatur l. 3. §. 1. *d. t.* Sed hæc objectio vix eget responsione: nam ut judicio contrahatur judicati obligatio, oportet esse judicium, quomodo ex stipulatione valida con- trahitur ex stipulatu obligatio: inutilis vero stipula- tio neque stipulatio est, neque obligationem parit. Eodem modo se habet judicium: nam quia cum ser- vo nullum est: nec eo geritur cum servo negotium; neque eo damnato adversus dominum de peculio datur judicati actio. Sic Ulpianus d. l. 3. §. 8. & addit, esse simile in compromisso quod judicium imita- tur, idque & Paulo placet l. 32. §. 8. *D. de recept. & qui arbit. recep.* Quod dixi, puta esse ordinarii juris, at- que eo esse nullam in servum actionem, sed hoc non verat, quo minus possit extra ordinem actio dari in corpus servile ad pœnam ei afflictivam. Exempla dedi supra sub Titulo *De jurisdictione*, pulchre ob- servata a V. Cl. Jacobo Cujacio lib. 21. *Observ. c. 40.*

Venio ad filiumfamilias, quid hic? ad agendum quidem, præterquam in exceptis casibus, non ad- mittitur: sed conventus, ad defendendum optimo jure admittitur. Gajum audi l. 39. *D. de oblig. & act.* Verba Gaji: *Filiusfamilias ex omnibus causis tamquam paterfamilias obligatur: & ob id agi cum eo tamquam cum paterfamilias potest.* Gajus vult, quod filiusfami- lias, quia Jure Civili habet facultatem se obligandi suo arbitrio, non minus quam si a patre esset liber, potest ex sua obligatione, exemplo cujusque patris- familias, invitatus cogi ad solutionem, eumque in fi- nem judicio conveniri, patre etiam invito: eo quod obligatio quam suo jure contraxit, tamquam pater- familias, eum tamquam debitorem qualemcumque adstringit necessitate præstandi id quod debet *pr. Inst. de oblig.* ideoque executura illam actio obtinet adversus filiumfamilias invitum l. 83. §. 1. *D. de verb. oblig.* est enim omnis actio adversus eum qui debet *pr. Inst. de actionib.* id est, a quo invito exigitur l. 108. *D. de verb. signif.* adeo nec refert, utrum pater hoc permittat fieri, an vetet. primum quia filiusfa-

miliis non minus habet jus se obligandi, quam pa- terfamilias. deinde non posset cum eo agi, patre jure impedituro judicii susceptionem. Sic apparet vis disputationis Gaji: dicentis, quod filiusfamilias, tamquam paterfamilias obligatur, & idcirco cum eo agi tamquam cum paterfamilias potest. Nec præ- mittendum, quod addit, sic obtinere ex omnibus causis: id est, sine discrimine, utrum ex contractu cum eo agatur, an ex delicto. nam causa, ut alibi ob- servo, non modo contractum, sed delictum quoque indigitat. proinde sive ex contractu, sive ex delicto, conventus sit filiusfamilias, adversus patrem de pe- culio datur judicati actio: quamquam ab initio de peculio non perinde ex filii delicto, atque ex ejus contractu, teneretur. Sed placet hoc Pauli l. 3. §. 11. *D. de peculio. Si ut stipulatione contrahitur cum filio, ita judicio contrahi: proinde non originem judicii spectan- dam, sed ipsam judicati velut obligationem.* Hæc de a- ctionibus in personam ex contractu aut maleficio filiifamilias. Non idem de in rem actionibus, si quando lis sit de proprietate rerum peculii profe- ctitii aut adventitii, nam illæ Jure Civili patris sunt: hæc ad ejus curam Principalibus Constitutionibus pertinent. idcirco placet, patrem de his, sive sint pro- fectitiae, sive adventitiae, & est ejus ususfructus, acti- onem suscipere: modo adhibeat filii consensum l. ult. §. 3. *C. de bonis qua liberis.* Plane si filius habeat plenam proprietatem, pater non habet ususfru- ctum: jam oportet filium de his conveniri, adhibito tamen patris consensu.

Superest, ut de patribus familiarum subjiciamus, nam ex his quoque jure non conveniri aliquos, par- tim ætas suadet, partim imperium Magistratus ma- joris. Quod de ætate dixi, usum habet in pupillis & minoribus: nempe, ne sine tutoribus & curatoribus, quorum fidei & tutelæ jure commissi sint, indefensi condemnentur l. 1. & 2. *C. Qui legitim. person. stand. in judic. hab.* Et est observandum, quod ne momenta- nea quidem causa hac in parte excipitur. adeo agere in ea minores possunt; conveniri nequeunt l. ult. *C. d. t.* De Magistratu majore est l. 48. *D. h. t.* minores vero qui sunt sine imperio & potestate, & in ipso Magi- stratu posse conveniri, Ulpianus auctor est l. 32. *D. de injuriis.*

Ex tribus personis judicium constituentibus, in- dicavi duas, actorem & reum; restat tertia, Judex, non is qualis qualis, sed inter invitos cogniturus, judicaturusque ita, ut quod statuit, habeat rei judi- catæ auctoritatem: eoque inveniat executionem. ta- lem esse Judicem publice constitutum, indicant Im- peratores l. 3. *C. de jurisdictione.* Judææ cuidam sic re- scribentes: *Privatorum consensus judicem non facit eum, qui nulli præest judicio: nec, quod is statuit, rei judi- cata continet auctoritatem.* Igitur non est Judex, nisi sedeat inter litigatores, publica auctoritate consti- tutus, & sunt exempla in l. pen. *D. h. t.* At illic etiam arbiter compromissarius Judex appellatur. Sed non simpliciter, verum cum adjectione, Judex ex com- promisso sumptus. eaque adjectio indigitat, eum in- ter volentes judicare, non inter invitos: ideoque non dare effectum rei a se judicatæ, nulla nascente judi- cati actione: & ob hoc invicem promitti pœnam; ut ejus metu a placitis non recedant l. 1. *C. de recept. ar- bitr.* Igitur oportet Judicem qui verus sit publicam habere judicandi facultatem: quæ facultas notio ap- pellatur: estque vel notio in specie, vel jurisdictio l. 5. *D. de re judic.* & l. 99. *D. de verb. signif.* Inde Judex duplex: unus habet jurisdictionem, alter nudam notionem. Qui jurisdictionem habet, Magistratus dicitur l. 2. §. 13. *D. de orig. jur.* etiam dicitur Magi- stratum aut potestatem habere l. 1. *pr. D. Quod quis-*
que

que juris, item jurisdictioni præesse §. 1. d. l. 1. Qui nudam notionem, id est, tantum notionem habet, is in specie Judex vocatur, etiam Judex datus, additus, delegatus specialis, & pedaneus: scil. quia omnis ejus facultas judicandi munere, id est, cognitione & sententiæ dictione finiebatur. at nec directo adibatur a litigatoribus; sed demum sedebat a Prætoris datus additusque, & quidem in una specie, sive in una nominatim causa cognoscenda judicandaque, non pro tribunali, sed in subselliis de plano. Atque hæc, simul quemadmodum, & in quibus causis soliri fuerint Judices dari, exposui lib. 1. De *jurisdic. & imper.* nec agam actum. Tantum attingam, & obiter, qui Judices dare, darive, possint. dare autem possunt omnes qui habent jurisdictionem quam vocamus mixtam imperium. quia hoc mixtum imperium, sive ea jurisdictione (ut Ulpianus definit l. 3. D. de *jurisdictione*) partim est cognitio, verbi gratia, datio possessionis bonorum, partim etiam Judicis dandi licentia. quisquis igitur habet mixtum imperium cui jurisdictione inest, is habet Judicis dandi licentiam. estque, ut Paulus ait l. 12. §. 1. D. h. t. ei aliquando more majorum concessa propter vim imperii, sicut Præfecto Urbi, cæterisque Romæ Magistratibus. plus ait Paulus d. l. etiam Judicem dare quibus hoc Lege, vel Constitutione, vel Senatusconsulto, conceditur: & Lege, sicut Proconsuli: id est, ut supra exposui sub Titulo, *Quod cuiusque universitatis nomine*, Lege qua Proconsulatus constitutus est: qua Lege concessa Proconsulibus est plenissima jurisdictione; sub eaque appellatione partes omnes quæ Romæ sunt omnium Magistratum l. 7. §. 2. D. de *offic. Procons.* Paulus d. l. 12. §. 1. ait, quod is quoque cui mandata est jurisdictione, Judicem dare potest: puto, ab eadem causa, quod Judicis dandi licentia est pars mandata jurisdictionis. Paulus exemplum ponit in Legato Proconsulis: eoque illustrari regulam, non restringi, docui lib. 2. D. de *jurisd. & imper.* c. 11. Nec est, quod quem moretur l. 13. D. de *jurisdic.* Nam Magistratus illic non opponitur mandatario, Magistratus vice & partibus fungenti l. 15. D. eod. §. 1. 3. D. de *offic. ejus cui.* sed privato: qui cum esset Magistratus; iussit judicari die, quo futurus esset privatus: ut est in §. 1. d. l. 13. Aque possit Magistratus opponi privato Judici a Magistratu dato: cuius notio est; jurisdictione non est: ut in l. 5. C. h. t. quam ex professo tractavi d. lib. 2. c. 11.

Dixi qui Judices dare possint, porro accipe, qui possint dari. Et ait Paulus l. 12. §. 2. D. h. t. non omnes Judices dari ab his qui Judicis dandi jus habent. quidam enim, inquit, Lege impediuntur, ne Judices sint: quidam natura: quidam moribus. Natura, ut surdus, mutus & perpetuo furiosus, & impubes, quæ causa? ait, quia iudicio carent. Illud mirere; quod ait, *perpetuo furiosus* Sed opportune Papinianus l. 39. D. h. t. sic inquit: *Cum furiosus iudex addicitur, non ideo minus iudicium erit, quod hodie non potest judicare: ut scilicet, sua mentis effectus, quod sententia dixerit, ratum sit. neque enim in addicendo presentia vel scientia iudicis necessaria est.* Igitur recte datus est furiosus: sed si perpetuus sit furor, aut perseveret: morbus fonticus judicandi necessitatem remittit, ergo mutari debet. sic certe Paulus in eo qui ab initio recte datus, postea furere cœperit, respondit l. 46. D. h. t. Lege (opinor, Julia iudiciorum) impeditur, inquit Paulus d. l. 12. §. 2. qui Senatu motus est. An & minor? De hoc dictum supra sub Titulo, *De receptis & qui arbitr. recep.* De imperito juris & legum nihil Veteres, quantum scio, sed est aliquid in *Novell.* 82. pr. quamquam cum ille prohibetur Judex esse: non utique plena atque exacta in Iudice desideratur ju-

ris peritia; sed sufficit apta negotio quo de agitur l. 17. C. h. t. Postremo ait Paulus d. l. 12. §. 2. moribus prohiberi Judices esse fœminas & servos: non quod non habent iudicium, sed quia receptum est: ut civilibus officiis non fungantur. Cæterum qui possunt Judices esse, in his nihil interest, utrum in potestate, an sui juris, sint d. l. 12. §. 3. adeo in privatis negotiis & pater filium, & filius patrem, Judicem habere potest l. 77. D. de *judiciis*. quippe judicare est munus publicum l. 78. d. t. in quo filiusfamilias pro patrefamilias habetur. & si non placeat adversario Judex, potest ab eo, tamquam suspectus, reculari. Porro observandum esse monet Callistratus l. 47. h. t. ne is detur Judex: quem altera pars nominatim petat: idque iniqui exempli esse, Divum Hadrianum rescripsisse: nisi hoc specialiter a Principe ad verendum petiti Judicis respiciente permitteretur. Non adderem, esse rationis. ne quis in sua causa aut iudicet, aut jus dicat: nisi hoc generali lege vetuissent Imppp. Valens, Gratiannus, & Valentinianus l. unic. C. *Ne quis in sua caus. judic. vel jus dic.*

Sed apparet, huc enim redit summa, solum in proposito intelligi Judicem eum qui sit publice constitutus. neque id sufficit: amplius oportet competentem esse. nam etsi sit Judex, idem legibus, non idcirco est omni in loco, omni in causa, atque inter omnes, Judex. quin præsumens in alio loco, aut in alia causa, aut inter alios, quam publice positus sit Judex, jurisdictionem exercere, jam non Judex, sed privatus, habetur l. 3. D. de *offic. Præsid.* l. 1. C. de *jurisd.* adeo neque ipse cognoscere, & decernere, neque Judicem dare, potest l. 1. C. de *Pedan. judicib.* l. unic. C. *Qui pro sua jurisd. jud. dar.* Igitur Judicem, quem quærimus in proposito, competentem esse oportet: sive sit specialis quem indicat Rubrica C. *Si a non competente iudice iudicatum esse dicatur*; sive præsit jurisdictioni: ut in l. pen. D. §. l. 1. C. de *jurisd.* Est porro competens Judex, cuius ibi, ubi quisque agere vel conveniri debeat, notio aut jurisdictione est: adeo qui personis inter quas lis est eo in loco, atque ea in causa, competit. postremo quo sensu dicimus alicui competere actionem quæ ejus est §. 1. *Inst. de perpet. & tempor. action.* l. 17. §. ult. D. de *inoffic. testam.* eo sensu dicimus, illi Judicem competere, item forum competere. nihil verius: nam qui alibi dicitur competens Judex, alibi suus Judex appellatur l. 49. D. h. t. l. 6. C. de *jurisdic.* l. ult. C. *Si a non compet. judic.* Similiter forum (quo nomine locum exercendarum litium designari, auctor est Isidorus lib. 18. *Origin.* c. 15. Festus quoque in *verb. Forum*, & Varro lib. 4. *De ling. Latin.* p. 24.) quod dicitur competens in Rubrica C. de *jurisdictione omnium iudicum & foro competente*, alibi rei forum indigitatur l. 2. §. 1. C. de *jurisdic.* Sed rem propius consideremus. id postulat posterior Rubricæ pars, quæ est, *Ubi quisque agere vel conveniri debeat.* Solet igitur jurisdictione plerumque finiri loco intra quem jus dicitur, tum causis de quibus jus dicitur, & personis quibus jus dicitur. ac si in loco, si in causis, si personis sibi subjectis, jus dicit Magistratus, competens est. sin aliter sit; incompetens habetur. primum dixi, jurisdictionem certo includi loco. Exemplum in sequente Prætoris Edicto apud A. Gellium, lib. x. *Noct. Attic.* c. xv. *Sacerdotem Vestalem & Flaminem Dialem in omni mea jurisdictione jurare non cogam.* Simile in Præfecto Urbi exhibet Ulpianus l. ult. D. de *offic. Præfect. urb.* Aliud Paulus in Præfide provinciæ l. 3. D. de *offic. Præsid.* aliud in municipali Magistratu l. ult. D. de *jurisdic.* ad quem respicere hanc legem, indicio est cum Inscriptio quæ est ex lib. 1. Ad Edictum: tum mentio territorii: ut intelligitur ex l. 239. §. 8. D. de *verb. signif.* & clare in l. 53. C.

de Decurionib. lib. 10. tit. 3. 1. Duumvirum impune non liceat extollere potestatem fascium extra metas territorii propria civitatis. At non tantum loco includitur jurisdictio; sed etiam causis. Sic post Legem Valeriam Consules, eorumque exemplo Prætores, Urbanus & Peregrinus, jus dixerunt de civilibus rebus; cum capitalibus præessent Quæstores parricidii l. 2. §. 16. 23. §. 27. 28. §. 32. D. de orig. jur. & tandem Præfectus Urbi l. 1. pr. §. 4. D. de offic. Præf. Urb. Eodem modo de fideicommissis Romæ cognovit Prætor fideicommissarius §. 1. Inst. de fideicom. heredit. usque ad certam quantitatem; ultra Consules. meminit Quirilianus lib. 3. Inst. Orat. c. 6. pag. 226. atque inde explicandam esse l. 19. §. 1. D. de jurisdict. erudite observavit Cujacius V. CL. lib. 21. Observ. c. 34. Quid plura? ait Pomponius d. l. 2. §. 32. in Urbe tandem jus dixisse Prætores decem & octo: & adhuc quærimus, an hi præfuerint causis aliis atque aliis? Similia in personis observantur: nam nec illæ inter quas lis sit, omnes uni peræque subsunt Magistratui; cujus alioquin eo in loco quo agitur, ac de ea causa de qua quæritur, jurisdictio est. Sit exemplum in Prætoribus Urbano & Peregrino: quorum alter inter cives, alter inter peregrinos jus dicebat: ut ait Pomponius d. l. 2. §. 27. §. 28. Simile in Præside provinciarum dicitur a Paulo l. 3. D. de offic. præsidis tantum imperium habere in suæ provinciarum homines; & hoc, dum in provincia est. imo, inquit Paulus, habet interdum imperium & adversus extraneos homines, si quid manu commiserint. Quo jure quia, inquit, in Mandatis Principum est, ut curet is qui provinciarum præest, malis hominibus provinciam purgare: nec distinguitur, unde sint. Liceret plura addere; sed malo brevis esse: summa huc exeunte; ut quoties jurisdictio subsistit intra præscriptos fines, toties forum competens appelletur. sin aliter eveniat; magis incompetens vocetur.

Atque hoc expeditum est; si uterque & actor & reus ejusdem fori sint. quod si diversi sint, jam placuit, ut actor rei forum, non reus actoris, sequatur: nullo discrimine; utrum sit civile, an criminale negotium l. 2. l. 5. l. 6. C. de jurisdict.

Sortitur autem reus forum ex quatuor causis: domicilio, contractu, re sita, & maleficio. prima venit domicilium. estque duplex: vel universale, vel particulare. universale est urbs Roma. Modestinus audi: Roma, inquit, communis nostra patria est l. 33. D. Ad municipal. Ad eamque sic Rutilius Numatianus, Itinerario.

Fecisti patriam diversis gentibus unam,

Profuit injustis te dominante capi.

Dumque offers victis proprii consortia juris,

Urbem fecisti, quod prius orbis erat.

Particulare domicilium non uno modo obvenit. est enim vel voluntarium, vel necessarium: hoc relegati l. 22. §. 3. D. Ad municipal. illud est, ubi quis eo sit animo, ut perpetuo ibi sit, nec inde discedat rursus; nisi quid avocet. ejus indicia satis elegantia l. 27. §. 2. D. Ad municipal. §. 1. 7. C. de incolis lib. 10. tit. 39. Vix opus admoneri, tamdiu hoc durare, quamdiu durat animus retinendi domicilii, nam isto mutato, etiam illud relinqui, adeo placet hoc Marcelli l. 31. D. Ad municipal. Nihil est impedimento, quo minus quis ubi velit, habeat domicilium quod ei interdictum non sit. Aequè dignum annotari; quod nemo cogitur, uno contentus esse domicilio. contra potest quis, si velit, plura habere; ut si instructus sit duobus locis æqualiter: neque hic, quam illic, minus frequenter commoretur d. l. 27. §. 2. l. 6. §. 2. l. 5. D. Ad municipal. Sed & potest quis esse sine domicilio, po-

ne: relicto domicilio navigat, vel iter facit: quærens, quo se conferat, atque ubi constituat. hunc sine domicilio esse, confirmat Ulpianus d. §. 2. l. 27. ac possit tali convenire hoc Martialis, lib. 7. Epigr. 72.

Dic ubi conveniam, dic qua te parte requiram.

Quisquis ubiq; habitat, Maxime nusquam habitat. At non tantum quis ipse sibi domicilium sua voluntate constituit, verum etiam ab alio participat. sic mulier sequitur forum & domicilium mariti cui nupta est l. 65. D. h. t. l. ult. C. de incolis lib. 10. tit. 39. desponsa ante contractas nuptias non mutat domicilium l. 32. D. Ad municipal. vidua plane retinet domicilium amissi mariti, exemplo clarissimæ personæ per maritum factæ: sed utrumque, aliis intervenientibus nuptiis, permutatur l. 22. §. 1. d. t. Dubito, an huc non referam domicilium originis: nam tale nemo a se habet, sed a patre l. 3. C. de municip. §. origin. lib. 10. tit. 38. eoque mutare nequit l. 4. C. eod. interrim spectat hoc ad obeunda personalia munera: (ut liquet ex d. l. 3. ad quæ etiam referri debet l. 6. D. Ad municipal.) cæterum ad subeundam jurisdictionem non spectat: ut ad l. 190. D. de verb. signif. annotavit Johannes Goedæus, V. CL. Hoc igitur omisso, reliqua consideremus. quod attinet ad urbem Romam, in ea, ut est communis omnium patria, potest unusquisque in ea repertus, conveniri: sive illic contraxerit, aut deliquerit, sive non: nisi habeat jus revocandi domum; ut Legati & alii: de quibus late Ulpianus l. 2. §. 3. §. seqq. item l. 24. §. 1. 5. h. t.

Domicilii particularis jus est idem ei quod communis: præterquam quod in privato tam absens & latens, quam præsens, potest in jus vocari; & nisi defendatur, bonorum possessionem & distractionem patitur l. 19. D. de in jus vocando. l. 1. §. 2. D. de reb. auct. jud. possid. l. 21. §. 2. D. Quid. ex caus. major. Romæ contra nemo, nisi domicilium ibi habet, alias conveniri & defendi debet, quam ibi repertus l. 2. §. 4. h. t. absens Romam evocari ex provincia in qua domicilium habet, non debet. Sit argumentum, quod Ulpianus l. 19. h. t. cum diceretur heres conveniendus defendendusque, ubi defunctus conveniri ac defendi debuit, nominatim addit, id tum, si ibi reperiatur, obtinere.

Atque ita est: unusquisque potest in loco privati domicilii tam absens, quam præsens, conveniri: nec minus debet ibi conventus, defendi; alibi non debet. Nisi sit heres: nam is a creditoribus hereditariis eo in loco, in quo defunctus conveniri ac defendi debet, repertus, & conveniri & defendi debet: licet ipse domicilium ibi non habeat. quum enim succedat in defuncti locum: an habet causam cur declinet ejus forum, & malit suum? non habet, si nullo suo proprio privilegio excusetur l. 19. l. 34. l. 45. D. h. t.

A domicilio transeo ad contractum: nam æque ex hoc, atque ex illo, forum obvenire, Gajus auctor est l. 3. D. de reb. auct. judic. possid. ac valde placet, quod Ulpianus, si alibi quis contraxit, alibi habet domicilium, ait, eum utrobique conveniri, & hic, & ibi l. 19. §. ultim. h. t. altero loco actione directa, altero arbitraria l. unic. C. ubi conven. qui certo loco. & si non defendat se, ubi contraxit, neque ibi domicilium habeat, passurum bona possideri d. l. 19. §. 1. Contractus quoque verbum possit alicui ambiguum videri. Sed Paulus l. 20. D. h. t. ait, omnem obligationem pro contractu habendam; ut ubicumque aliquis obligetur, & contrahi videatur, quamvis non ex crediti causa debeatur. hoc probat Ulpianus d. l. 19. §. 1. in tantum, ut sub contractu etiam obligationem quasi ex contractu,

puca,

puta, negotiorum gestionem, & tutelæ administrationem, vel quid aliud, complectatur. observatum id *l. 1. C. ubi de ratiocin.* & adfertur ratio; quod contrahentes sic voluisse existimantur: tum hæc; quod ubi aliena negotia, sive ex tutela, sive ex quocumque alio titulo administrantur, & instructio sufficiens, & nota testimonia, & verissima possunt documenta præstari *l. 2. C. d. t.* Par aut major labor fuit, ubi contractum dicamus? sed huc ventum; ut eum locum non utique quo negotium gestum, sed quo solvenda pecunia est, accipiamus *l. 3. D. de reb. auct. judic. possid.* ac si nihil specialiter convenierit: eo loco, ubi celebratus est contractus, contractum esse intelligatur. Nec tamen vel hoc sine temperamento admitti oportet: cum sit æquum, (quod Ulpianus confirmat *d. l. 19. §. 2.*) si a mercatore quid comparavit advena, vel quis ei vendidit quem scit inde confestim profecturum, non oportere bona ibi possideri, sed domicilium spectari ejus, perinde quasi tacite actum sit. Sic Ulpianus *d. loc.* hujungamus hæc ejus verba: *Nam ubi sic venit, ut confestim discedat, & quasi a viatore velleo qui πωλεῖν θέλει emit: durissimum est, quotquot locis quis navigat, vel iter faciens delatus est, tot locis se defendere.* Sic habet Vintimillii editio, & melius, quam Florentina, quæ caret sensu. At (sic pergit Ulpianus) *si quis constitit non dico jure domicilii, sed tabernulam, pergulam, horreum, armarium, seu officinam conducens, ibique distraxit, vel egit, defendere se eo loco debet.* Rectissime; quia ad locum contractus respexisse jam contrahentes præsumi possunt. Horreum cum dicit Ulpianus; intelligit locum in quo merces deponuntur: ut sæpe. Pergulæ vero appellatione & hic, & in *l. 5. §. 12. D. de his qui effuder. vel dejecer.* indigitat exedram, officinam, cellulamve, in qua merces aut proponebant aut suspendebant artifices. Fit etiam apud Veteres mentio pergularum in quibus Grammatici, alique artium liberalium Professores docebant publice aut privatim. Sed de his Jacobus Cujacius *lib. 11. Observ. c. 13.* & Claudius Salmasius ad Vopiscum, *Saturnino c. 10. p. 733.*

Proximum est, ut de re sita videamus; nam vel ex illa quis forum sortitur in actione in rem, & ratio mihi illa videtur: quod hac actione non persona, sed res convenitur *l. 7. D. de publicanis. l. 19. D. de jur. fisc.* sicut ideo in rem actio appellatur; & datur adversus possessorem, non contemplatione ejus, sed rei ab eo possessæ, & per actorem petitiæ eo loci in quo potest restitui ac recipi: licet possessor in loco domicilii, quam illic conveniri malit. Sed quod non pendet a possessoris arbitrio, datur electioni actoris; nam is potest rem suam petere in loco domicilii possessoris: eo quod restitutio ei ab illo debetur: etsi non ex speciali ejus conventionem; (nam sic nullo jure obligatus est *§. 1. Inst. de act.*) at ex primæva causa distinctorum dominiorum. Sic mihi persuadeo ex *pr. Inst. eod. tit.* & liquet ex *l. ult. C. Ubi in rem actio. l. unic. C. Ubi de heredit. agit.* Nec me hinc dimovet hoc Licinii Rufini *l. 38. D. h. t.* *Si autem per in rem actionem legatum petetur: etiam ibi peti debet, ubi res est.* Primum enim retinet me in hac sententia vox, *etiam*: quam oportet suam vim habere; cum non sit frustra posita a Licinio. Deinde verbum, *debet*, accipio pro *potest*: quomodo usurpatur *l. 2. §. 31. D. Ne quid in loc. public. l. 1. pr. D. de heredit. instit. l. 9. D. de aur. argento, mund. & alibi.* Ita sensus erit: Legatum per in rem actionem non modo in loco domicilii, sed etiam ibi, ubi est, peti potest. Alio remedio utitur Hormanus *lib. 3. Observ. c. 7.* sed mihi placet minus.

Postrema causa ex qua quis forum sortitur, est crimen. Clare Severus & Antoninus *l. 1. C. Ubi de*

criminibus. Questiones eorum criminum quæ legibus aut extra ordinem coercentur, ubi commissæ vel inchoatæ sunt, vel ubi reperiuntur qui rei esse perhibentur criminis, perfici debere, satis notum est. Primum volunt Imperatores, reum cujuscumque criminis, sive Legibus coercetur, sive extra ordinem, accusari in loco, ubi admissum vel inchoatum dicitur crimen: puto, quod utile est, id vindicari eo in loco; quo nocens suo supplicio aliis æque sit exemplo ad deterrenda maleficia, ac fuit ad admittenda *l. 28. §. 15. D. de pœnis.* Sic, si reperiatur ibi, ubi deliquit. quid, si inde fugerit in aliam provinciam? ajunt Imperatores *d. l. 1.* posse jam, ubi reperitur, perfici quæstionem: convenienter Mandatis Principum; in quibus esse, Paulus observat *l. 3. D. de officio Prasidis: Ut curet is qui provincia præst, malis hominibus provinciam purgare.* & addit Paulus, non distingui, unde sint. Hoc: nisi Magistratus loci, in quo admissum fuit crimen, publicis literis petat, reum ad se transmitti, puniendum in loco admissi criminis, ob rationem mox allatam. tum enim Magistratus, a quo petita est transmissio, illam recusare non debet: posita adversus eum, nisi pareat, pœna a Justiniano Novell. *134. c. 5.*

Intellecto, quod sit forum competens, vix est opus addi, quod sit incompetens. est enim manifestum ultro, quod non est competens, esse incompetens. illud non reticebo, forum incompetens, posse adhuc suis modis competens fieri. Est autem ex his litigantium conventio, ex auctoritate Legis Juliæ privatorum judiciorum, litigatorum commoditati hac in parte consulentis. Sed de eo quia egi *lib. 2. De jurisd. & imper. c. 12. & seqq. ex l. 1. & l. 2. pr. & §. 1. D. h. t.* aliisque locis, habes, unde petas quod sit necesse.

Alius modus constat privilegio. quo? scies, postquam monuero, nulli licere, adversarium suum, omisso Judice ordinario, ad superiorem evocare: quia contra placuisse, unumquemque adversarium suum prius convenire apud Judicem ordinarium, & deum per appellationem venire ad superiorem, mea opinione hoc agit Constantinus *l. 4. C. de jurisdict.* expunctis ibi verbis, *post litem contestatam*, quæ esse Glossatoris, ostendi *d. lib. 2. c. 13.* Sed idem quem dixi, Constantinus *l. unic. C. Quando Imperat. inter pupill. vel vid.* hic privilegium dedit pupillis, viduis, aliisque fortunæ injuria miserabilibus. Id privilegium est: ut, si perhorrescentes alicujus potentiam oraverint judicium Principis, eorum adversarii cogantur, sui copiam facere Principis examini.

Postremo Judicem competentem ex incompetente facit continentia causæ, quam dividi vetat Constantinus in *l. 10. C. h. t.* concinnata ex *l. 2. Cod. Theod. eod.* ad quam Jacobus Gothofredus.

Invento Judice competente qui habeat jurisdictionem, aut nudam notionem: non foret a proposito alienum, hic subijcere, quod esset utriusque officium, cum ante, tum post litem contestatam; sicut aliqua huc spectant Tituli Fragmenta: sed quia *lib. 1. De jurisdictione & imperio* aliqua jam dixi: aliqua etiam dicenda deinceps erunt sub Titulo *De re judicata*, puto, licebit mihi ab eo tractatu in præsentia abstinere. De cætero vidimus, quid sit judicium, item ubi quis agere vel conveniri debeat: intelligi vero possit, esse utrique Rubricæ parti satisfactum: nisi in ingressu ejus addidissem, Prætorem ab actore ideo in jure adiri solitum: ut ei daret actionem qua de aut ipse, aut Judex deinde esset cogniturus & pronunciaturus. Restat igitur, ut quid sit actio, in antecessum definiamus obiter.

Dicitur autem actio ab agendo. agere vero inter alia significat, tractare de re præstanda aut restituenda: ut apud Justinum *lib. 2. c. 14. §. 10.* aliosque. ita agere est, petere in hoc Plinii *lib. 36. Nat. hist. c. 7. Satisfdari sibi damni infecti egit redemptor cloacarum.* Et actio est, petitio. nec male ipsa a Justiniano *pr. Inst. de action. post Celsum l. 51. D. de oblig. & act.* definitur, *Jus persequendi in judicio quod sibi debetur.* Cum dicitur *jus*; indigitatur facultas jure civili concessa: pari forma qua usufructus est jus, item actus est jus, & similia alia jura appellantur *l. 1. D. de usufr. & l. 1. D. de servitutib. præd. rustico.* Inde Ulpiano *l. 6. §. ult. D. de negot. gest. actio & facultas in judicio conveniendi idem sonant.* Jam vero apud Gajum, *Non videbatur agendi facultas competere* dicitur, pro non videbatur actio competere *l. 1. D. de eo quod loco.* Similiter actionem dare, & agendi potestatem dare pro iisdem sunt in *l. 3. D. de sepulchro violato.* Res certa: & Prætor, cum actionem dat actori, ei nihil concedit præter petendi facultatem. Nec alio spectat formula, *Si paret, condemna.* Actio igitur est jus persequendi in judicio. Sed quid? *quod sibi debetur.* Hoc verbum verbum plerumque angustius, hic latius, accipitur. proprie enim dicitur deberi, quod ex obligatione debetur, quamquam non est nostrum. in proposito autem deberi intelligitur qualiter qualiter debitum; sive ex obligatione; sive ex dominio, aliove jure. Ei rei argumentum; quod ab utroque, cum Celso, tum Justiniano, omnis definitur actio, tam in rem, quam in personam. Nec est sine exemplo, quod verbum, *debit*, non minus complectitur quod proprie dicitur deberi, quam quod suum est. Ulpianum audi *l. 178. §. ult. D. de verb. signif. Hoc verbum, Debit, omnem omnino actionem comprehendit, sive civilis, sive honoraria, sive fideicommissi fuit persecutio.* Nimirum nulla est in actione in rem obligatio ex conventionem possessoris & domini *§. 1. Inst. de actionib.* est tamen qualis qualis obligatio ex primæva hominum conventionem: qua distinctis inter eos dominiis placuit, quod alterius esset, si ad

aliud pervenisset, domino restitui. eo sensu in *§. 5. Inst. de except.* videtur dici, *Si in judicio tecum actum sit, sive in rem, sive in personam, nihilominus obligatio durat.*

Sed ut plenius meliusque hæc intelligantur; non omittam, quod Ulpianus *l. 25. D. de oblig. & act.* ex eoque Justinianus *§. 1. Inst. de act.* ait, omnium actionum quibus inter aliquos apud Judices Arbitrove de quacumque re quaeritur, summam divisionem in duo genera dividi: aut enim in rem esse, aut in personam. plura neuter adfert genera. Ego vero mihi persuadeo, esse & tertium genus actionum: quæ neque in rem, neque in personam sint; sed ex utrisque mutuentur: ideoque mixtæ sint tam in rem, quam in personam. tales in *§. 20. Inst. d. tit.* sunt tres: familiæ eriscundæ, communi dividundo, & finium regundorum. hisque addi potest quarta, petitio hereditatis: ipsa mixta personalis appellata *l. 7. C. de petit. hered.* Omnes vero partim jure in re nituntur, partim jure obligationis: illud est fundamentum actionis in rem, hoc actionis in personam: ideoque dicuntur constare ex duobus, id est, rebus & præstationibus personalibus; ut ex *l. 22. §. 4. D. Famil. erisc. l. 3. D. Commun. divid. l. 1. D. Fin. regund. & l. 25. §. 18. D. de petit. hered.* suis in locis manifestius demonstrabitur, sicut dignum est exponi: cum non sit vanæ & inanis subtilitatis, ut a plerisque creditur; sed in jure egregii usus atque effectus. Moratur tamen te, sat video, auctoritas Ulpiani & Imperatoris *d. l. 25. & d. §. 1.* tantum duas actionum species enumerantium. Sed aut blandior mihi, aut *lib. 1. Probabil. c. 12.* evici diligentia observationis, frequenter evenire apud Veteres auctores, cum nostros, tum alios, ut quæ uno in loco sit bipartita divisio, alio in loco sit tripartita: prout mixta species ab utraque simplice sepatatur tamquam habens quid neutri infitum; aut sub altera comprehenditur, quatenus in hanc aut illam inclinat. Sit igitur per Veteres licitum, omnem actionem vel in tres, vel in duas species distribuere.

TITULUS II.

De inofficioso testamento.

Initium sumit Imperator ab actionibus in rem, hæ sunt vel de universitate, vel de singularum rerum petitione *l. 1. D. de rei vindicatione.* De universitate est petitio hereditatis: cujus plures sunt causæ. Prima est querela inofficiosi testamenti. Est autem, ut Paulus *lib. 4. Sentent. tit. 5.* definit inofficiosum testamentum, quod frustra liberis exhereditatis non ex officio pietatis videtur esse conscriptum. Paulus ait, *Liberis exhereditatis*: vel exempli causa, vel facta relatione ad originem querelæ, cæptæ a liberis; etsi ulu porrecta est longius. sane Ulpianus *l. 1. h. t.* refert, omnibus tam parentibus, quam liberis, de inofficiolo licere disputare. addit, cognatos proprios qui sunt ultra fratres & sorores, melius facturos, si se sumptibus inanibus non vexarent, cum obtinere spem non haberent. Ac secundum hæc accipiendum quoque hoc Marcelli *l. 3. h. t.* *Inofficiosum testamentum dicere hoc est, allegare, quare quis exheredari vel præteriri non debuerit: quod plerumque accidit, cum falso parentes instimulati, liberos suos vel exheredant vel prætereunt.* Illud durius, quod inofficiosum testamentum cum sit impium

atque inhumanum, a Gajo *l. 12. §. 1. D. de bon. poss. contr. tab.* jure factum esse dicitur. Convenit tamen verbis Legis Duodecim Tabularum his, *Uti legassit, ita jure esto*: quæ sunt latissima *l. 120. D. de verb. signif.* Sed enim eadem Lex patri quoque concessit occidendi liberos facultatem: & miramur, dedisse potestatem exheredandi, cum dederit jus occidendi? *l. 11. D. de liber. & posthum. hered. inst.* Credidit videlicet, patrem sanæ mentis non venturum ad exheredandum filium, nisi magnis illius peccatis incensum, ut naturam ipsam vinceret, ut amorem eum penitus insitum ejiceret ex animo, ut denique patrem se oblivisceretur. Sic egregie Cicero *Pro Roscio Amerino c. 19.* Addo: Seneca *lib. 1. De clementia c. 14.* verba Senecæ: *Numquid aliquis sanus filium ad primam offensam exheredat? nisi magna & multa injuria patientiam ejus evicerint, nisi plus est, quod timet, quam quod damnat, non accedit ad decretorium stilum: multa ante tentat, quibus dubiam indolem & pejore loco jam positam revocet, simul deplorata est, jam ultima experitur.* Voluit igitur Lex, patris, quod de eo bene speraret, esse arbitrium exheredandi

dandi filii. Caterum comperto, nonverbalibus delinimentis & instigationibus malorum hominum saepe corrumpi patris iudicium: inductum est, (sic loquitur Imperator *pr. Inst. h. t.*) ut de inofficioso agere possint liberi qui queruntur, aut inique se exheredatos aut inique præteritos. Inductum autem hoc non Lege Glicia, ut Jacobo Cujacio visum *lib. 14. Observ. c. 14.* sed paulatim Disputatione Jurisconsultorum, atque adeo moribus *l. 2. §. 5. D. de orig. jur.* Hoc tamen non evincitur verbo, *inductum*, etsi scio ad mores referri *l. 2. D. de vulg. & pupil. substit. l. 29. D. de liber. & posthum. l. 32. D. de legib.* nam æque ad leges respicere, ipse animadvertit *d. loc. D. Cujacius ex l. 24. D. de statu hom. l. 1. D. de usurp. & usucap.* Argumentum mihi; quod ad querelam, si certa Lege esset inducta, pari forma venirent omnes quibus fas est, ea uti. at aliter obtinet: emancipatus certe, ut ea agere possit, prius debet agnoscere bonorum possessionem litis ordinandæ gratia: cum ea suo heredi nulla necessaria sit *l. 6. §. ult. & l. 6. h. t.* probabili indicio, querelam magis esse inventum usus & temporis, quam certæ Legis. Sed in primis facit; quod Imperator *d. pr. Inst. h. t.* ait, querelam fuisse inductam, hoc colore, quasi sanæ mentis fuisset pater, cum testamentum ordinaret. & addit, hoc dici; non quasi vere furiosus sit: sed recte quidem fecerit testamentum, non autem ex officio pietatis: nam si vere furiosus sit, nullum testamentum esse, jam ante obtinuerat ex mente Legis. Sic Imperator: & ante Marcellus *l. 2. & Marcellus l. 5. h. t.* Est vero hoc non Legis: (nam Lex directo jus facit, manifesta Populi voluntate, nec eget colore) sed privatorum, quales sunt Jurisconsulti: qui temperantes Legis duritiem, solent colores adhibere: ne adversus eam facere intelligantur. indicavi tales *lib. 3. Probabilium. c. ult.*

Paris fuerit elegantia investigare, cur actio de inofficioso in specie querela indigitetur, & exheredati liberi queri dicantur *l. 1. D. pr. Inst. h. t.* & passim: cum alioquin omnis actio querela videatur *l. ult. D. de in ius vocand.* & alibi. Mihi succurrit, quod querelam misratio invenit liberis: qui injuria exheredati non poterant adversus patrem, in cuius erant potestate, æquo jure, id est, aut actione aut accusatione, consistere. quo modo ad querelam confugere quotquot læsi a jure destituntur, suis exemplis superiore Titulo demonstravi.

Sed probabile est, non vim æqualis juris, sed miserationem, effecisse; ut remedium quo inofficiosum testamentum Lege Duodecim Tabularum validum, ex æquo & bono rescinditur, acceperit querelæ nomen; etsi sequente usu in actionem conversum atque etiam accusatio appellatum; eo quod querentes de inofficioso testamento, non modo hoc accusant tamquam impium; sed etiam hereditatem ab intestato petunt. Non minus liquet, cur Judices in hac querela Centumviri dicantur *l. 17. h. t.* ipsumque iudicium Centumvirale appelletur *l. 13. cod. solitis causis de æquo & bono*, præsertim gravioribus, apud Centumviros exerceri. Verum hoc executus sum *lib. 1. De jurisdict. & imper. c. 8.* atque inde sic restituenda in *l. 7. l. 28. & l. 31. D. h. t.* est Inscriptio, *Paulus lib. singulari De Centumviralibus judiciis*: ut ut Cujacius *lib. 14. Observ. c. 14.* retineat Florentinam lectionem, *De Septemviralibus judiciis.*

Hactenus de nomine, deque ratione inventæ querelæ. deinceps de ejus natura & proprietate disputabo: multis existimantibus, tantum continere præparationem petitionis hereditatis: aliis contra, illa non præparari hereditatis petitionem, sed ipsam peti hereditatem. quod & mihi sedet. Quam ob rem? quia filius a patre exheredatus, dum queritur de inofficioso testamento, contendit, patris hereditatem ex Lege suam esse ab intestato: præfatus, se exheredari ab illo non debuisse. hoc vero quid vult, quid efficit; nisi quod de inofficioso testamento querens, patris hereditatem petit ex Lege: adjecta causa de inofficioso, id est, quod patris testamentum quo ab ea excluditur, est impium, eoque negligendum, perinde ac si a furioso esset factum. Nec sic alia procedit via, quam heres scriptus hereditatem suam vindicans ideo, quod eam adiit ex testamento quo sit institutus; aut heres legitimus, cum hereditatem suam esse petit ideo, quod eam ex Lege adiit, nullo facto testamento. Tali comparatione utuntur Græci, *Basilic. lib. 39. tit. 1. tom. 5. pag. 221. & seq.* subnixi auctoritate *l. 34. C. h. t.* in qua querela a Justiniano vocatur *hereditatis petitio ex nomine de inofficioso*. Nec a Justiniano tantum sic indigitatur: sed a Tryphonino quoque in *l. 20. D. de bonor. possess. contr. tab.* dicitur *petitio ex causa inofficiosi querela movenda*. Quid? quod Ulpianus *l. 8. §. 8. h. t.* ubi sumus duo filii exheredati, *Si, inquit, inofficiosum, non totam hereditatem debeo, sed dimidiam petere.* Sic Ulpianus: clare testatus, per inofficiosi querelam ipsam peti hereditatem: insuper addit, quatenus ea hereditas per querelam peti debeat. Quod & Paulo negotium est *l. 19. d. t.* Verba Pauli. *Filia præterita id vindicare debet quod intestata matre habitura esset. itaque dici potest, eam quæ ommissa est, etiam si totam hereditatem ab intestato petat & obtineat, solam habituram universam successionem.* Tantum igitur abest, ut querela inofficiosi quædam sit præparatio petitionis hereditatis: ut e contrario ipsa sit hereditatis petitio, sive hereditatis vindicatio ex causa inofficiosi. Mirro cætera; spectemus effecta institutæ querelæ. His duo obtinentur: primum est, ut testamentum rescindatur; alterum, ut hereditas exheredati esse ex Lege ab intestato judicetur. hoc plus efficitur, ut (quod in vindicatione extremum jurisdictionis dicitur *l. n. nic. §. 1. D. Si quis ius dicenti non obtemp.*) hereditas heredi scripto auferatur. id est consequens superioribus, sed quid vetat, testem adhiberi Paulum? qui in *l. 21. §. 2. h. t.* ait, hereditatem per inofficiosi querelam evinci ab eo qui heres institutus sit. *Evincere* enim non est simpliciter vincere: sed vincendo quod intendis, auferre, abducere, extorquere; prorsus, ut quod ablatum, extortumve non sit, nec evictum esse existimetur. Sic verbum sonat sub Titulo *D. de evictionibus l. 57. l. 21. pr. §. 1. & 2.* nec aliter accipitur in hoc Livii *lib. 2. c. 5. Evincuntque instando ut literæ sibi ad Tarquinios darentur.* Similiter apud Columellam *lib. 6. De re rustic. c. 5. Evincendi sunt autem, quamvis pestiferi morbi, & exquisitis remediis tollendi.* Plura non addo; nam si exheredatus querela vindicat hereditatem ex causa inofficiosi, tamquam Lege ab intestato adquisitam; si illam heredi scripto aufert, five, ut Paulus ait, ab illo evincit; quo tandem argumento dices, querela præparari hereditatis petitionem, cum appareat, illa absolvi? quid enim restat nihil. Sic Paulus; non enim aliud voluit *d. l. 21. §. 2.*

h. t. ubi respondit, *Evicta hereditate per inofficiosi querelam ab eo qui heres institutus esset, perinde omnia observari oportere, ac si hereditas adita non fuisset: & ideo & petitionem integram debiti heredi instituto adversus eum qui superavit, competere, & compensationem debiti.* Ab eodem fonte Papinianus *l. 15. §. 2. h. t.* ait, *Filium qui de inofficioso actione adversus duos, verbi gratia, expertus, diversas sententias iudicum tulit, & unum vicit, ab altero superatus est, posse debitores convenire, & a creditoribus conveniri pro parte, & corpora vindicare, & hereditatem dividere: hac adjecta causa quæ est optima; quia verum est, familiæ eriscunda iudicium competere: eo quod credimus, eum legitimum heredem pro parte esse factum.* Sunt hæc evidentia; maxime in suo herede: nam eum jure civili solum queri de inofficioso patris sui testamento, id est, patris hereditatem a qua injuste exclusus est, suam vindicare ex causa de inofficioso, vel hoc argumento est: quod is olim vivo patre quodammodo fuit dominus rerum paternarum; & mortuo, si non exheredetur, magis retinet vetus dominium, quam novum consequitur *l. 11. D. de liber. & posthum.* eoque potest ex causa inofficiosi suam dicere patris hereditatem: quæ, remoto testamento, ejus mansit jure civili. In filio emancipato non est idem jure civili: quia ille patri eo jure est extraneus; ita nec vivo patre est dominus rerum paternarum, nec mortuo, apparet dominus: quin nec aditione fit talis: non delata ei ab intestato hereditate. quo igitur argumento putemus querelam inofficiosi jure civili esse ejus, cui nulla est facta injuria; quia patris hereditatem neque ipso jure suam dicere, neque aditione, suam facere, potest? Sed placuit, vel illi per querelam succurri: impetrato a Prætoris remedio possessionis bonorum Unde liberi sine re *l. 2. C. h. t.* tantum litis ordinandæ gratia *l. 7. D. eod.* ut sub prætextu rescissæ per hanc emancipationis, interea ad querelam haberet aditum: perinde ac si in patris potestate mansisset; & cum ante non posset queri, id est, patris hereditatem jure civili vindicare ex causa de inofficioso: nunc eam, tamquam bonorum possessor, possit ex causa de inofficioso suam dicere jure Prætorio: & si obtineat; cum re retinere possessionem quam ante sine re habuerat *l. 8. §. pen. h. t.* Sic Græci *d. lib. 39. Basilic. tit. 1. Schol. tom. 5. pag. 261.* Sed liquet, per querelam non præparari hereditatis petitionem; sed ipsam peti hereditatem. ac ne videatur sic homini sano testamenti factio auferri contra Legem Duodecim Tabularum; rem illo colore defendi apud Judicem: ut ille, cum inique ordinaret testamentum, non sanæ mentis fuisse existimetur *pr. Inst. & l. 5. D. h. t.* Distinguat igitur querela a petitione hereditatis qua de agit sequens Titulus: at idcirco non desinit esse hereditatis petitio ex causa de inofficioso. quin recte definitur, petitio hereditatis ab intestato delatæ qua inique exheredatus præteritusve petit, testamentum rescindi, & hereditatem sibi ab intestato adjudicari. Non me vexat, quod quis objiciat, petitionem hereditatis nunquam dari adversus heredem: tantum dari adversus eum qui non est heres, sed hereditatem pro herede vel pro possessore possidet *l. 9. & seqq. D. de hered. petit.* at querelam dari adversus scriptum heredem, hereditate ab eo adita *l. 8. §. 10. h. t.* item adversus filium præteritum post agnitam cum re

bonorum possessionem contra tabulas *l. 20. D. de bonor. possess. contr. tab.* Nam primum est diversa utriusque petitionis species. deinde si spectamus exitum querelæ; ne ipsa quidem datur adversus verum heredem, sed magis adversus eum qui hereditatem pro herede vel pro possessore possidet. Non majoris momenti est; quod præterea allegatur, petitionem hereditatis esse vel ex testamento, vel ab intestato *l. 1. §. 2. 3. D. de petit. hered.* querelam ex neutra. Nam querela, ut dictum, non est qualis qualis hereditatis petitio: sed ex nomine, five ex causa, de inofficioso, id est, ab intestato rescisso testamento, quasi a furioso facto.

Aliquem conturbet sequens Pauli locus ex *lib. 4. Sentent. tit. 5. §. 4. Qui inofficiosum dicere potest, hereditatem petere non prohibetur.* Sed tentemus, ne ejus sensus sit: Quod habens inofficiosi querelam adversus heredem scriptum, etiam potest adversus eum simplicem instituere hereditatis petitionem; non quidem ex rigore juris, sed ex æquitate. nempe, quamvis adversus eum qui ex testamento possidet hereditatem, non possit agi simplice hereditatis petitione, parata, si agatur, exceptione, *Præterquam si hereditatem possideo ex causa testamenti:* an tamen iniquum fuerit, eam exceptionem infringi replicatione, *Nisi id testamentum sit inofficiosum: paratusque sim, de inofficioso agere?* fuit id eo facilius receptum: quod non videbatur improbanda modestia ejus; qui, ne patris testamentum, tamquam insanæ, rescindatur, maluit simplice hereditatis petitione, quam querela de inofficioso, experiri: cum si agatur simplice hereditatis petitione, in quam per replicationem incidat querela de inofficioso, non principaliter vertatur inofficiosi querela; ideoque de inofficioso quidem cognoscat Judex; at non de eo, sed de hereditate, pronunciet: ut in similibus observari, intelligitur ex *l. unic. C. de ordine judiciorum.* Mihi proclive est, Paulum sic interpretari: ac præterea reducere ad sequentem Constitutionem Impp. Severi & Antonini *l. 1. C. h. t.* ad quam mihi videtur respexisse. *Cum de inofficioso matris sue testamento filius dicere velit adversus eum qui ex causa fideicommissi hereditatem tenet: non est iniquum hoc ei accommodari: ut perinde fideicommissarius teneatur, ac si pro herede aut pro possessore possideat.* Locum difficilem expediet apposita facti species: Mater præterito aut exheredato filio, alium instituit heredem: rogans, ut hereditatem: tertio restituat. is eam restituit. deinde filius adversus fideicommissarium, tamquam qui hereditatem pro herede aut pro possessore possideat, simplicem instituit hereditatis petitionem. fideicommissarius excipit, *Nisi hereditatem possideat ex causa testamenti jure Civili validi:* adversus quem ea hereditatis petitio nulla competit. Filius replicat, *Præterquam si id testamentum sit inofficiosum:* aitque, se paratum esse de inofficioso dicere. De jure quæritur. Ajunt Imperatores, petitionem hereditatis non quidem dari adversus eum qui hereditatem possideat ex causa validi testamenti: sed non esse iniquum, hanc accommodari filio, volenti parcere pudori matris a qua sit exheredatus præteritusve, ut perinde teneatur fideicommissarius, ac si hereditatem pro herede aut pro possessore possideat. Quod Paulo convenit. Æque est observandum; quod, si hereditas ab exheredato possideatur, etiam potest querela per modum exceptionis institui *l. 8. §. 10. D. h. t.*

Dixi, quid sit inofficiosi querela. dicam, quibus detur. in primis sciendum est, non dari aliis, quam quibus injuriam exheredatione aut præteritione factam esse, apparet. quales soli sunt ad successionem admittendi, nisi exheredati præteritive essent. utique, cum pertendat querela ad rescissionem inofficiosi testamenti, nec minus ad petitionem hereditatis ab intestato: quam amabo, dabis causam, cur aut rescissio illa, aut petitio, frustra sit indulgenda ei qui ne rescisso quidem testamento, jus ad defuncti hereditatem ab intestato sit habiturus? est igitur rationis, querelam solis dari his qui futuri fuissent heredes; si defunctus intestatus decessisset: quia soli possunt de injuria queri, & ab intestato petere hereditatem. Est tamen vel hoc prudenter accipiendum. nam nec omnibus ab intestato venientibus, licere de inofficioso disputare, Ulpianus putat *l. 1. h. t.* sed tantum liberis, parentibus, & fratribus. ultra hos qui sunt cognati, eos melius facturos ait, si se sumptibus inanibus non vexarent; cum obtinere spem non haberent.

Erit pretium operæ, de singulis paulo accuratius differere: sed primum de liberis: quorum etiam in deferenda hereditate ab intestato, quæ per querelam petitur, prima causa est: concurrente & naturæ & parentum voto, suos liberos sibi superstites sperantium. id observat Papinianus *l. 7. §. 1. D. Si tab. testam. nul. ex tab. und. lib.* Et optime Paulus *l. 7. D. de bon. damn.* Verba Pauli: *Cum naturalis ratio, quasi lex quædam tacita liberis addicit parentum hereditatem, eos velut ad debitam successionem vocando propter quod & injure civili eis inductum est suorum nomen, ideo ne iudicio quidem parentum, nisi meritis de causis* (sic recte legitur Florentiæ: cum alias edatur, *corris de causis*: non convenienter seculo Pauli, sed *Novella 115. c. 3.* postea a Justiniano constitutæ) *submoveri ab ea successione possunt.* Quod si contra fiat: parata eis est inofficiosi querela, sine distinctione, utrum masculi sint, an fœminæ; nec magis, utrum in potestate, an extra potestatem sint, emancipati, verbi gratia *l. 7. h. t.* Longius it Marcellus *l. 5. eod.* Et his, inquit, qui non ex masculis descendunt, facultas est agendi, cum & de matris testamento, agant, & obtinere assidue soleant. Igitur ut querela initio non competierit aliis, quam suis heredibus: obtinuit tamen; ut omnibus daretur liberis, etiam spuris: non quidem patris respectu, (quem enim habent patrem, si non demonstratur nuptiis?) sed matris *l. 29. §. 1. h. t.* semper certæ, etsi vulgo conceperit. De adoptivi patris testamento nihil addam: quia de eo, quatenus ad vetus & novum jus attinet, plene Justinianus *l. 10. C. de adopt.* Non tamen prætermittam, quod de adoptivæ matris testamento sic scribit Ulpianus *l. 29. §. 3. h. t.* *Quoniam femina nullum adoptare filium sine jussu Principis potest, nec de inofficioso testamento ejus, quam quis sibi matrem adoptivam esse falso existimabat, agere potest.* Ulpianus negat, agi de inofficioso matris adoptivæ testamento: ac causatur, quod fœmina nullum filium adoptare potest: utique sine jussu Principis. puto, vere: sed non pro disciplina sui temporis: quo adoptio fœminis per Rescriptum Principis nondum fuit inducta in solatium amissorum liberorum. illa originem accepit ex Constitutione Impp. Diocletiani & Maximiani *l. 5. C. de adopt.* ut demonstravi supra sub *Tu. De adopt.* si recte: est, quod verear; ne possint verba *d. §. 3. l. 28.* hæc, *Sine jussu Principis*, aut Triboniani videri, aut alicujus Interpretis: Ulpiani certe non sunt. Sic in liberis natis.

Quid de posthumis? Ulpianus *l. 6. h. t.* sic scribit: *Posthumus inofficiosum testamentum potest dicere eo-*

*rum quibus suus heres vel legitimus potuisset fieri, si in utero fuerit mortis eorum tempore. sed & cognatorum: quia & horum ab intestato potuit bonorum possessionem accipere. Quid ergo? eis imputatur, cur intestati non decesserant? sed hoc nemo apud Iudicem potest impetrare: non enim interdicitur testamenti factione. Hoc plane ei imputare potest, cur eum heredem non scripserit: potuit enim heres scriptus in possessionem mitti ex clausula de ventre in possessionem mittendo; item natus secundum tabulas haberet. Simili modo & eum qui post testamentum matris ex seculo ventre extractus est, posse queri dico. Quid hic Ulpianus? querelam dat exheredato posthumus, atque ipsi non unius generis. Primus est qui ex iusta uxore natus vivo testatore, ei suus heres fuisset, ille nimirum vivo patre aut avo natus, potuisset de inofficioso queri: quid ai post mortem nato æque liceat eorum testamenta inofficiosa dicere: cum utique pro nato habeatur posthumus, quoties de ejus utilitate agitur? Deinde permittit Ulpianus posthumus, queri de inofficioso testamento ejus, cui potuisset fieri legitimus. Ulpianus nullum dat exemplum: sed est in posthumus fratre consanguineo a consanguineo fratre temere præterito aut exheredato. Similiter filius matri, cui alioquin est cognatus, ex Senatusconsulto Orphitiano succedit, tamquam legitimus. Non succedit ei quasi suus: sed, ut dixi, tamquam legitimus: quia fœmina numquam habet suum heredem. Tertio ait Ulpianus, etiam posthumum cognatum queri de inofficioso testamento ejus, cui quasi cognatus posset fieri bonorum possessor. & exemplum in posthumus nepote ex filio dato in adoptionem, & post eam concepto. Hic non vocatur ut suus, neque ut legitimus: sicut nec filius in adoptionem datus, aut suus aut legitimus est *§. 10. & 13. Inst. de hered. qual. & differ. l. 6. §. 4. D. de bon. poss. contr. tab.* Talis igitur nepos posthumus avo suo est posthumus cognatus. is ab intestato quidem habet bonorum possessionem Unde cognati: exheredatus vero querelam. Omnibus his posthumis, sive nati, sive ex ventre exsecuti sint, querelam dat Ulpianus *d. l. 6.* modo in utero fuerint tempore mortis testatoris. nam post concepti, non possunt quasi sui, neque quasi legitimi, neque quasi cognati, succedere *l. 6. D. de suis & legiti. hered.* Summa Ulpiani (cujus exempla ex usu sui temporis ita, ut oportet, dedi) huc redit: quod querela datur posthumus non modo suo, sed etiam alieno: qualis est posthumus legitimus, & posthumus cognatus. dices: neuter jure civili potest institui, neque ab intestato fieri, heres, & si hoc est: neutri exheredatione fit injuria. cur igitur datur querela? an quia testator fecit testamentum? cave putes. nam ut ei non interdicitur testamenti factione: sic nec est, cur ei imputetur, quod non decessit intestatus. quid ergo est? hoc ei imputatur, quod non fecit heredem. At non potuit. Sit ita jure civili: sed jure Prætorio potuit *pr. Inst. de bonor. possess.* Igitur hæres scriptus & nondum natus, potest mitti in possessionem ex clausula de ventre in possessionem mittendo. natus autem habet possessionem secundum tabulas, quid ni exheredatus habeat querelam inofficiosi? At enim non potest posthumus admittere ingratitude causam. Nisi idcirco ei datur querela: cum utique valeat testamentum in quo est exheredatus; etsi in eum non cadat exheredandi causa; tam lata potestate Legis Duodecim Tabularum. Adhæc poterat olim posthumus, quod incertæ essent exheredationis causæ, alieno odio exheredari. prohibuit quidem hoc Justinianus *l. 33. §. 1. C. h. t.* sed non ideo effecit, ne hodie exheredato posthumus querela opus sit, contra verius est, tale testamentum*

vel post hanc legem sustineri; donec querela intendatur adversus scriptum heredem: tum vero per eam rescindi semper: cum ante non semper rescinderetur. Hoc, me auctore, liquebit collata Subscriptionem *d.l. 33. §. 1. 4. C. de liber. praterit.* nam ex ea intelligitur: quod *d.l. 4.* est posterior *d.l. 33.* lata scil. Kalendis Septembris anni 531: cum *d.l. 33.* sit lata Kalendis Octobris anni 529: & tamen in fine *d.l. 4.* dicitur testamentum subsistere, posthumum vel posthuma nominatim exheredatis.

Competit igitur querela liberis; querentibus, seu inique exheredatos aut prateritos esse *pr. Inst. §. 1. 3. D. h. t.* Sed hos quomodo distinguimus? tu exheredatos accipe a patre, avove paterno: prateritos a matre, avove materno; nam a patre prateritis, testamentum ab initio nullum est ipso jure: siquidem sint sui heredes; alioquin per bonorum possessionem contra tabulas jure Prætorio, matris autem vel avi materni silentium pro exheredatione nominatim facta habetur *pr. §. 3. §. ult. Inst. de exher. liber. l. 8. pr. §. 1. 4. §. 2. D. de bonor. poss. contr. tab.* Imo matris prateritio aliquando pro institutione habetur. Ubi? in *l. 3. C. h. t.* itemque in *l. ult. D. de hered. instit.* tum in *l. 28. D. h. t.* Sed speciales sunt hi casus, non pendentes a jurisdictione Magistratus, alligati juris regulis; sed a benignitate Principis legibus soluti, volente æquitate ultro perspicua. Nos rem ordinario jure æstimantes, liberos exheredatos exaudimus a patre; prateritos a matre aut avo materno. Nec hoc mutatum a Justiniano per *Authent. Ex causa C. de liber. praterit.* Nam, hæc male posita est sub illo Titulo: cum sit desumpta ex *Novella 115. c. 3.* & locanda sub Titulo Codicis *De inofficioso testamento*: ad quem illa *Novella* pertinet. Igitur oportet liberos quibus querela datur, esse exheredatos aut prateritos: sed inique, nam si fuerit exheredandi causa, quid culperetur? *l. 132. D. de verb. oblig.* Non tamen qualis qualis sufficit causa: sed iusta, arbitrio Centumvirorum relicta, nulla lege certa hac in parte. Sed nec opus erat, aliquam testamento interi, valebat enim testamentum, nulla inserta; quin erat filii, docere se immerentem, & ideo indigne exheredatum esse *l. 3. §. 5. D. §. 1. 28. C. h. t.* Tria hæc mutavit Justinianus *c. 3. Novell. 115.* Primum fecit causas exheredationis certas numero quatuordecim; omnes ordine enumerans. Deinde voluit, ex his testamento adscribi aliquam. Tercio vetuit, fidem adscriptæ causæ argui a filio exheredato. imo iussit, eam ab herede scripto probari. Inde duplex quæstio. Una, an ipso Jure valeat testamentum, in quo inserta non sit exheredationis causa. Altera, an exheredatio possit fieri ob causas alias, quam in *d. c. 3.* expressas. Quod ad priorem attinet: sic censeo, testamentum ab initio valere, etsi non inserta exheredandi causa. Firmamentum hujus sententiæ: quod, ut Jure Civili & Prætorio valeat testamentum, sufficit, filium a patre esse rite exheredatum *l. 8. §. 2. D. de bon. poss. contr. tab.* Rite autem est, nominatim, pure, a tota hereditate, & ab omni gradu; plus, (ut infra demonstrabitur *lib. 28. Tit. 2.* Qui est, *De liberis & posthumis*) non desideravit vetustas ante *Novell. 115. c. 3.* nec illa quid novi induxit hac in parte. adhuc igitur obtinet jus antiquum, posteriore lege non mutatum. Non me turbat, quod voluisse dicitur Justinianus, hanc dare formam exheredationi, ne deinceps fiat, non adjecta causa: & quod contra legem sit, ipso jure nullum est *l. 5. C. de legib.* Nam ea forma a Justiniano non præscribitur conficiendo testamento sic, ut velir id, propter ejus omissionem, ab initio infirmum esse, quasi non rite factum; sed est ei negotium, ponere formam qua testamentum rite factum, jure civili validum, idcirco

quod est inofficiosum, per querelam ex postfacto rescindatur. Huic rei argumentum certum atque indubitatum; quod Imperator in fine *d. c. 3.* iussit, non observatis his quæ observari voluit, testamentum rescindi: at non in totum, sed quantum ad institutionem attinet, cætera voluit firma manere. nam si hoc est; apparet, cum non jubere, totum testamentum ob omissionem exheredationis causam, esse ab initio nullum; sed cum ab initio totum valeret, ex postfacto per querelam tantum pro parte infirmari. Puto igitur, Justinianum *d. c. 3. Novell. 115.* negantem, patri vel matri licere filium vel filiam praterire aut exheredare, nisi suo testamento nominatim ipsas inseruerint ingratitudinis causas, jam perinde esse accipiendum; quasi dicat, non licere patri vel matri filium in testamento non adscripta causa exheredare; quin ei jus sit, id testamentum per querelam evertere. quomodo in *l. 33. §. 1. C. h. t.* ubi dicit, *Et hujusmodi causam liberis non tantum infantibus, sed & quantamcumque ætatem agentibus opponi minime concedimus*, tantum significat, hoc non concedi; quin posthumus aut alius exheredatus habeat querelam. Hæc de priore quæstione.

In posteriore mihi persuadeo, quidquid ab aliis jactetur, non posse exheredationem, salva voluntate Justiniani, quæ sola & Jureconsulto, & Prætori, consideranda, alias fieri ob causas, quam in *d. c. 3.* expressas. Neque hoc idcirco præ me fero: quasi aut iniquum putem, alias admitti, præter expressas; aut quod mihi lateant causæ expressis similes aut graviores. contra scio, esse multas non dicam expressis pares, sed longe graviores; talesque admitti, æquitatem pati. Me movet; quod Justinianus in *d. c. 3.* palam vetuit, alias causas, præter expressas, interpretatione recipi. Dices, in pari causa par jus esse oportere: porro leges numquam scribi posse tam accurate; ut omnes casus aliquando emerituros completantur: ideoque & Magistratus, & Jurisconsulti esse, quoties ratio postulat, a simili ad simile, a minore ad majus, itemque a majore ad minus, interpretando procedere *l. 10. §. seqq. D. de legibus.* postremo aliud servantibus in *d. c. 3.* Imperatori non constare rationem. Sed illa me de gradu quem semel cepi, non dejiciunt: non enim æquitas hic quæstioni est, sed Imperatoris voluntas: adversus quam nihil valet æquitas. petenda illa, si sapimus, semper est a mente Legislatoris: at eo invito & prohibente, inducenda numquam est. Sit igitur Principi, id est, Legislatori, jus fasque, exheredationem indulgere ob causas alias aut similes aut graviores: sed quamdiu is cessat: quo jure audebit hoc quis privatus aut Jurisconsultus aut Magistratus? At non potest sic Justinianus ab absurditate & quidem magna atque evidente excusari. Quid tum postea? Ipse vetuit, suam voluntatem latius porrigi: utrum sapienter, an secus, æque, an inique, ad rem non pertinet: ipse viderit. clare Constantinus *l. 1. C. de legibus, Inter æquitatem*, inquit, *jusque interpositam interpretationem solis Nobis & licet & oportet inspicere*. Servanda igitur a privatis, cum Jurisconsultis, tum Magistratibus, est durities *Novella 115. c. 3.* donec a Principe nova lege infringatur jure summi imperii; cum privatis qui legibus tenentur, adversus legem certam, quamvis duram, nihil juris sit; dumtaxat obsequii gloria relinquatur. *l. 12. D. Qui & a quibus manumissi.* atque huc referri etiam possint Valentinianus & Martianus *l. 9. C. de legibus.* Non obstat *d. l. 10. cum seqq. D. de legibus.* quia his demum locus est, non contraria Legislatoris voluntate: ut est observatum supra sub Titulo *De legibus.* Mitto liberos.

Transco ad parentes: quibus accusare inofficiosa liberorum testamenta, & Justinianus & Ulpianus permittunt §. 1. *Inst. §. l. 1. D. h. t.* Nec tamen hoc sine difficultate fuisse, Papinianus auctor est *l. 15. h. t.* causatus, posse dubitari, an patri debeat filii hereditas; eoque querela ad ejus petitionem pertinens. sane siue ordinem naturæ, siue spem parentum spectemus: non esse in votis, ut parentes liberis, sed ut liberi parentibus, sint superstites. Sic Penelope apud Ovidium, *Epist. 1. Heroid.*

Di, precor, hoc jubeant, ut euntibus ordine fati,

Ille meos oculos comprimat, ille tuos.

Eriam sequens Inscriptio in Corpore V. Cl. Jani Gruteri pag. 716. N. 7. ULPIA. PAULINA. MATER. INFELICISSIMA. CONTRA. VOTUM. PIETATIS. POSUIT. Eodem modo pater apud Quintilianum, *Declam. 6. Ille est filius noster, cujus spes ipsas amavimus, quem apud omnia templa, & surdos votis Deos superstitem precati sumus, a quo sepeliri optavimus.* Hoc votum parentum. Idem liberorum. indicat Lapis sequens apud Gruterum pag. 669. *Inscr. 4. ANTONIUS. SEVERUS. AQUILA. HIC. JACET. SINE. ANIMA. MISERABILI. FATO. QUI. VIXIT. ANNOS. BISENOS. ET. SEX. MENSES. CUI. VOTA. ERANT. UT. PARENTIBUS. ISTA. PARARET. SET. MORS. IMMATURA. FECIT. UT. PARENTES. FACERENT. FILIO. CONTRA. ORDINEM.* Ne filebo quidem, (nam ad rem spectat) quod Seneca liberorum votum suos parentes sibi superstites sperantium, esse contra bonos mores, arbitratur. Verba Senecæ *Consolat. ad Marciam. c. 1.* hæc sunt. *Non est ignotum, qualem te in personam patris tui gesseris: quem non minus, quam liberos tuos dilexisti: excepto eo, quod non optabas superstitem. nec scio, an & optaveris. permittit enim sibi quadam & contra bonum morem magna pietas.* Ex hoc more ait Papinianus, posse ambigi, an parentibus danda sit querela adversus testamenta liberorum, a quibus sint exheredati præteritive. primum quia parentibus ordine naturæ non debetur hereditas liberorum. deinde eam non optarunt sibi: imo abominati eam sunt. proinde si exheredati præteritive sint a liberis; non videri eorum injuriam, neque indignationem justam. Indicavi difficultatem. Quid Papinianus? *Et si, inquit, parentibus non debetur filiorum hereditas, propter votum parentum, & naturalem erga filios caritatem: turbato tamen ordine mortalitatis, non minus parentibus, quam liberis, pie relinqui debet.* Sensus Papiniani: quod filiorum hereditas parentibus quidem non debetur ex eorum voto, fati ordine euntibus: at si in his sit, parentes contra eorum votum suis liberis privare: jam esse pietatis liberorum, turbato ordine mortalitatis, luctuosam hereditatem infelicibus parentibus solatii loco relinquere. quod si ab his indigne atque immerenter sint exheredati præteritive, neglecto pietatis officio, neque abs re videri, vel parentes adversus inofficiosum liberorum testamentum, quasi plenum furoris, querela adjuvari. Sic Papinianus: & recte; qualescumque sint parentes, masculi, an femina: modo liberis ex testamento vel ab intestato possint succedere civili aut prætorio jure *l. 1. l. 14. & seq. D. §. l. 17. C. h. t.* Nec mihi sit improbabile, etiam matrem queri de filii spurii testamento, sicut de inofficioso matris testamento dicere possunt spurii filii *l. 29. §. 1. h. t.* Illud obscurius, quod Marcianus *l. 30. d. t.* in hunc scribit modum. *Adversus testamentum filii in adoptionem dati pater naturalis recte agere potest.* Sed clarescet, posita specie quam sic effingit Scholiastes Græcus, *Basilic. lib. 39. tit. 1. pag. 258. to. 5. Quidam filium suum alii dedit in adoptionem, translata in eum potestate, & morse*

patris adoptivi in quem fuit translata potestas, filius factus sui juris testamentum fecit. Et Marcianus ait, naturalem patrem posse arguere testamentum ejus de inofficioso. Erat dubitandi ratio: quod filius cum in adoptionem datur, se abdicat familia patris naturalis. Meminit Servius ad Virgilium, *lib. 2. Aeneid. vers. 155. & seq. Consuetudo, inquit, apud antiquos fuit, ut qui in familiam vel gentem transfret, prius se abdicaret ab ea in qua fuerat, & sic ab alia reciperetur.* In emancipatione quoque agi, ne in patris familia sit emancipatus, ne quid de nostris dicam, constat ex his Augustini verbis *lib. 1. Contra secundam Juliani responsionem. Emancipatum hominem dicis a Deo: nec attendis, hoc cum emancipato agi ut in familia patris non sit.* Sed in emancipato a naturali patre sæpe prævalent naturalia jura *l. 8. §. 7. D. de bon. poss. contr. tab.* cum omnia pereant, emancipatione ab adoptivo facta. In adoptivo autem filio quamquam is olim Marciani tempore patri naturali fieret extraneus, aliquæ manebant ex jure naturali reliquiæ, auctore Justiniano *l. 10. §. 1. C. de adopt. cui addi suadeam quæ supra scripti sub Titulo, De adoptionibus, pag. 29. col. 1.* Has vero reliquias (quod erat pietatis naturalis) Marcianus, præterens juris ludibrio, patri querelam inofficiosi permittit adversus testamentum filii in adoptionem dati, & rursus sui juris facti; quod & factum ante fuit decreto Pisonis, eo nomine laudati a Valerio Maximo, *lib. 7. c. 7. §. 3.* cujus adscripsi verba, rei illustrandæ causa. Egregia quoque est C. Calpurnii Pisonis Prætoris Urb. constitutio. cum enim ad eum Terentius ex octo filiis quos in adolescentiam perduxerat, ab uno in adoptionem dato exheredatum se querelam detulisset: bonorum adolescentis possessionem ei dedit, heredesque lege agere passus non est. Movit profecto Pisonem patria majestas, donum vita, beneficium educationis: seu aliquid etiam flexit circumstantium liberorum numerus, quod cum patre septem fratres impie exheredatos viaebat.

Datur igitur querela parentibus, utrum exheredatis, an præteritis? Nihil refert: etsi in liberis sit differentia. Illud æque in parentibus, atque in liberis, desideramus, inique exheredatos aut præteritos esse. nam justa ex causa exheredatis aut præteritis cessat querela; quia non est inofficiosum tum testamentum. Interim quæ sint justæ exheredandi causæ, etiam hic incertum fuit usque ad Justinianum. Primus is hoc incertum sustulit; positis octo causis propter quas parentes a liberis exheredari aut præteriri sinat, enumeravit eas in *Novell. 115. c. 4.* jussitque ex his aliquam testamento inseri, alias, præter expressas, etiam hic admitti vetuit.

Sequitur, ut de fratribus & sororibus dispiciamus; nam & fratribus querelam indulgeri, ait Ulpianus *l. 1. h. t.* Justinianus §. 1. *Inst. eod. tit.* etiam sororibus concedit. tamen non semper, ut in parentibus & liberis dictum; sed demum turpibus personis scriptis heredibus, idque ex sacris Constitutionibus. Hæc sunt Constantini in *l. 1. §. l. 3. Cod. Theod. h. t.* ex quibus concinnata a Triboniano est *l. 27. C. h. t.* Quemadmodum? dicam: Constantinus *d. l. 1. Cod. Theod.* a querela penitus arceat uterinos: tantum admittit germanos. imo ne hos quidem; nisi institutis personis quibus iustæ sint notæ detestabilis turpitudinis: amplius non ultra, quam durante agnatione. Sic in *d. l. 1. Cod. Theod.* at in *d. l. 3.* ejusdem Tituli adhuc sequentem ponit exceptionem, si libertus heres institutus sit. Sed hæc ex parte mutavit Tribonianus in *d. l. 27.* quam, ut dixi, ex utraque compilavit lege. nam in *d. l. 27.* jubet, idem in sorore jus esse, quod Constantinus in fratre constituit. præterea non vult interesse, utrum agnatio duret, an non, primum igitur desiderat Constantinus in *d. l. 1.* fratres germanos

nos. tales Cornelio Frontoni veteri Grammatico sunt iisdem nati parentibus. Festus aliter. is, *Germanen*, inquit, est, quod ex arborum surculis nascitur. unde & germani, quasi ex eadem stirpe nati. Festo igitur germani sunt iidem consanguineis, id est, eodem patre natis, in qua sententia etiam fuit Servius ad lib. 5. *Aeneid.* Virgilii vers. 412. & hanc sequutus in d. l. 1. vetus Interpres. cæterum quia Varro, Servio teste, germanos interpretabatur de eadem genetrice manantes: quod & Isidorus maluit lib. 9. *Origin.* c. 6. p. 1056. lin. 22. idcirco (sic suspicor) Tribonianus in d. l. 27. pro germanis substituit consanguineos. Admisit igitur Constantinus ad querelam germanos, id est, ut dixi, consanguineos, non etiam uterinos: eo quod tum illi, non hi quoque, legitimi habebantur successores: quod & l. 2. *Cod. Theod. h. t.* ostendit. Vidimus primum Constantini requisitum in d. l. 1. *Cod. Theod. h. t.*

Alterum est: quod is querelam fratribus demum permittit, cum instituta sunt personæ quibus (sic loquitur) iniusta constiterit esse notas detestabilis turpitudinis. Jure Pandectarum (quod colligitur ex Paulo l. 31. §. 1. *h. t.*) fratribus etiam competeat querela; prælato iis vel servo vel extraneo sive aliquo extra familiam vel non municipe: cum in liberis & parentibus nihil referret, essetne scriptus aliquis ex liberis, an extraneis, vel municipibus. Eoque, opinor, respicit hoc Ulpiani l. 24. *cod. Quid si fratre agente*, heredes scripti diversi juris fuerint? quod si fuerit: pro parte testatus, pro parte intestatus decessisse videtur. Ita est: Veteribus non placuit, fratribus in fratris testamento præferri vel servos, vel extraneos, vel non municipes: sed Constantino in d. l. 1. non est visus tanti familiæ vel municipii respectus: maluit ille, haberi rationem honestatis: eamque si negligat frater institutis personis quibus iniusta sint notæ detestabilis turpitudinis, fratri concedi querelam adversus fratris testamentum, ipsum tamen dubito an vehementius atque exaggeratius sit dictum, quam intelligi debeat, quæ enim possunt dici personæ quibus iniusta sint notæ detestabilis turpitudinis: nisi eæ quas Ulpianus l. 1. §. 4. *D. de postulando* vocat turpitudine notabiles: atque eæ mox suis exemplis demonstrantur §. 6. & in §. 8. distinguuntur a personis quæ in Edicto Prætoris infamia notantur, & vulgariter infames videntur. Sic cenleo, atque ideo a Constantino in l. 3. *Cod. Theod. h. t.* locutionem tam vehementem ita attemperari: Unde claret, actionem inofficiosi fratribus relaxatam, cum infamia adspersa vitii is qui heres extitit omniaque fratribus tradi quæ per turpitudinem aut aliquam levem notam capere non potest institutus. Amplius puto, Tribonianum inde tenorem d. l. 1. in l. 27. *C. h. t.* quam ex illa descripsit, ad hunc interpolare modum: Quæ infamia vel turpitudinis vel levis nota macula adspersa vitii. Quid igitur est? sic distinguenda res est: ut macula infamiæ & turpitudinis, quarum par significatio est, sit vera infamia, a legum auctoritate pendens, sive ipso jure, sive Judicis sententia, infligatur: levis notæ macula sit illa, quæ ut juris auctoritate non sit infamia; opinione tamen bonorum & gravium virorum non evitat infamiæ notam. De utraque egi supra sub Titulo, *De his qui notantur infamia*: nec jam agam pluribus.

Quod dixi de turpibus & infamibus personis, idem Constantinus in d. l. 3. *Cod. Theod. h. t.* statuit circa libertos, verbis sequentibus. Ita in hac quoque parte, si quando libertis heredibus institutis fratres fuerint alieni: inofficiosa actione propofita, prævaleant in

omnibus occupandis facultatibus defuncti quas ille perperam ad libertos voluerat pertinere. Sic Constantinus in d. l. 3. at hanc in d. l. 27. ita interpolavit Tribonianus: Velliberti qui perperam & non bene merentes, maximisque beneficiis suum patronum adsecuti, instituti sunt. Satis obscure. Igitur Accursius, addo, Gutherius lib. 1. *De offic. dom. August. c. 37*: beneficia exponit maleficia; ut in l. 46. *D. de furtis*. l. 40. §. 1. *D. de damno infect.* Non placet hoc Jano a Costa ad §. 1. *Inst. h. t.* malenti, repeti non: ut sit, non bene merentes, & non maximis beneficiis suum patronum adsecuti. Idemque, & pleniore examine, incidit Clarissimo Eruditissimoque meo Amico, Carolo Andrea Dukero Opusc. *De Latin. Jurisc. veter.* p. 374. nec alia fuit sententia Græcorum Scholio ad d. l. 27. *Basilic. lib. 39. tit. 1. tom. 5. pag. 267. lit. k* ex interpretatione Fabroti sic notantium: Onerat igitur libertum, namque alii omnes, si modo turpes non sint, recte heredes scribuntur; libertum autem non modo non turpem esse oportet, sed & bene merentem de testatore, & magnis cum beneficiis adfecisse.

Postrema clausula d. l. 27. talis est. Excepto servo necessario herede instituto. At nec illa extat in d. l. 1. *Cod. Theod. h. t.* unde descripta est d. l. 27. sed in d. l. 3. *Cod. Theod. h. t.* his verbis: Servus necessarius heres instituendus est, quia non magis patrimonium, quam infamiam consequi videtur. inde translata in d. l. 27. hoc sensu: ut adversus libertum fratri prælatum fratris testamento, detur querela; præterquam si maximis beneficiis suum patronum sit adsecutus, aut ab eo sit cum libertate institutus heres necessarius. quod nescio an intēdat Jacob. Gothofre.

Hactenus liquet, querelam liberis, parentibus, itemque fratribus & sororibus deferri. nec opus admoneri, si testator liberos, parentes, fratres sororesque habens, omnes exheredaverit, præterieritve, non peræque omnes ad querelam venire: sed quo quisque ordine ad hereditatem ex lege ab intestato invitatur, eo ordine singulos ad querelam admitti. quam ob causam? non aliam, quam quod querela est petitio hereditatis ab intestato delatæ. Illud non inutile quæri; si prior ordine aut gradu ad querelam vocatus, ad eam non accedat, sive quod non possit, sive quod nolit; an sequens ordine aut gradu succedat in ejus locum & magis est, ut succedat; perinde ac si prior ex eo numero non fuerit: exemplo Edicti successorii, de quo est l. 1. *pr. & §. 10. & 11. D. de successorio Edicto*, quid opus verbis. sic clare Paulus l. 31. *h. t.* & est talis species in l. 14. *h. t.* Pater cum filium emanciparet, nepotem retinuit in potestate. emancipatus deinde alio suscepto filio, utrumque exheredavit; patrem præterit; mox vita decessit. Quæsitio, cui præsertim competat querela? ait Papinianus, omnibus competere; id est, tam patri, quam filiis, sed suo cuique gradu. ita non ab omnibus exerceri simul: sed primum a filiis exheredatis, quibus ab intestato quoque primum defertur hereditas. interim pendere querelam patris, donec judicetur adversus filios. inde patrem vocari ad querelam, & suam intentionem implere posse. Qua ratione? quia defuncti hereditas non modo ejus filiis, sed etiam ejus patri, debetur. illis ordine naturæ, & communi voto; huic ratione miterationis, turbato ordine mortalitatis. igitur patrem præteritum de inofficioso recte queri, indignantem filii impietatem. Atqui filii patri suo, ne ad querelam veniret sequente gradu, inde ab initio obstiterunt. Sic est: sed egregie animadvertit Papinianus: quod præcedente causa filiorum, non est nulla patris intentio: tantum pendet interim, ut dixi: & si fuerit adversus filios judicatum;

carum; tum pater ad querelam vocatus, intentionem suam, quæ ante pendebat, implere potest. nempe filiis per sententiam remotis, tamquam mortuis, nihil moratur patris querelam, quæ illi ante jam competierat. filii certe desierunt eam habere; & quamquam ante extiterint primo gradu; jam perinde est post sententiam, quasi non existant; cum idem in proposito sit, non existere, & non posse queri. At enim heres testamento scriptus, Judicis sententia jam est heres declaratus. Esto, quatenus attinet ad filios, adversus quos stetit: sed ea sententia non nocet patri, qui non egit, nec interim potuit agere, suspenso ejus jure. quin nunc, ubi de inofficioso agit, non de illorum, sed de sua, injuria queritur: adeo non illorum, sed suo, jure experitur: & potuit testator habere optimum patrem, cum haberet pessimos filios. recte igitur Veteres etiam in querela fecere successioni locum. Nisi obstat *l. 9. §. 2. D. de liberis & posthumis*, & *l. 34. C. h. t.* Sed ne his me fatigem, fecit diligentia Doctissimorum Virorum, Arnoldi Vinnii *lib. 1. Select. quest. c. 20.* & ante Hugonis Donelli *lib. 19. Com. jur. c. 7.* multo uberius.

Abirem jam ab hac parte: nisi intercederet sequens quaestio, an permittenda sit querela aliis, qui sint ultra liberos, parentes, item fratres & sorores? Ulpianus *l. 1. h. t.* ait, hos melius facturos, si se sumptibus inanibus non vexarent, cum obtinere spem non haberent. Et præbet Ulpiani sermo speciem consilii, quasi in re adhuc dubia, & nondum certa illo tempore. quamquam suo sic cuidam Alexandro rescribunt Diocletianus & Maximianus *l. 21. C. h. t. Fratris vel sororis filii, patrui vel avunculi, amita etiam & maritertera testamentum inofficiosum frustra dicunt: cum nemo eorum, qui ex transversa linea veniunt, exceptis fratre & sorore, ad inofficiosam querelam admittatur.* Sed & ipse Ulpianus *l. 8. §. 5. h. t.* ait, si pater filio impuberi pupillariter substituit, præterita ejus matre, & fratre suo: neque matrem inofficiosum testamentum dicere, quia patris testamentum est: neque fratrem patris, quia filii testamentum est. Utcumque erit: me subit mirari, quid agat Ulpianus *l. 6. §. 1. h. t.* sic scribens: *Si quis ex his personis, quæ ad successionem ab intestato non admittuntur, de inofficioso egerit, nemo enim eum repellit, & casu obtinuerit: non ei profit victoria, sed his, qui habent ab intestato successionem: nam intestatum patremfamilias efficiunt.* Hic locus eo justius nos moratur: quia decipit Antonium Fabrum V. CL.: ex eo conjicientem, aliam esse querelam, aliam petitionem hereditatis, hanc subsistere intra accusationem impietatis, & competere unicuique de populo: illam proximis heredibus deferri, nec ultra fratres & sorores porrigi. Sic Faber: sed infelicissime. mea opinione, non fuit Ulpiano propositum, quod putat Vir ille Doctus. Quid igitur? nempe, quod si quis ex his, qui sanguine juncti, ad successionem ab intestato non admittuntur, quia alii eos præcedunt, per obreptionem (ut bene Græci) de inofficioso egerit, cum nemo, id est, nemo proximior, ac ne scriptus quidem heres, eum repellit, eaque non detegitur obreptio, & casu obtinuerit: victoria non prodest ei; sed vero heredi, deinde supervenienti, & ab illo hereditatem vindicanti. Fac, ut rem exemplo declarum: filius emancipatus habens filium & patrem, illum exheredat, hunc præterit, alio herede instituto: tam pater habet querelam, quam filius: sed prior in ea est filius, sicut potius ha-

bet jus ad hereditatem. pater de inofficioso queritur per obreptionem, nemine eum repellente, id est, intercedente, vel excipiente. igitur obtinet pater: quamquam non jure: & victoria ei prodest adversus heredem scriptum, propter rem judicatam: cujus auctoritatem inter eos ratam haberi oportet. sed ei victoria non æque prodest adversus testatoris filium: qui gradu proximior, nisi exheredatus esset, verus heres fuisset: nunc remoto testamento, solus apparet hæres. is igitur si deinde superveniat, & a victore petat hereditatem ab intestato, eam recte petit: cum præsertim res inter alios judicata, aliis non noceat. Dices, nec prodesse; quando non potest alii per alium adquiri actio aut exceptio. Sed placet hoc Ulpiani, *Nam intestatum patremfamilias facit d. l. 6. §. 1.* Sensus: Filius hereditatem jam obtinet: quamquam non directo vi sententiæ; sed vi legis, eam remoto testamento ab intestato deferentis. prodest igitur patris victoria defuncti filio; non quod eum facit heredem: sed quia causa testati per eam deducta ad causam intestati, legis delationi locum dat. nec tamen hoc semper atque indistincte verum est: sed tum demum, si torum testamentum per querelam sit rescissum: nam si tantum ex parte evertatur; magis victori prodest victoria, quam heredi legitimo: quia apparet, adhuc extare testamentum, quod non est in totum rescissum: sed hoc pulchre intelligitur ex *l. 16. l. 19. l. 25. §. ult. h. t.* & bene observatum a Græcis, *Basilic. lib. 39. tit. 1. tom. 5. pag. 230. & 231.*

Similis incidit dubitatio ex *Novell. 118. c. 1. & seqq.* postquam placuit Justiniano, ab intestato ad defuncti successionem ejus liberos vocare primo loco: altero ejus parentes, fratresque & sorores ei conjunctos ex utroque latere; tertio fratres germanos cum defuncti fratris filiis ei similiter ex utroque latere conjunctis; quarto fratres & sorores ei ex altero tantum latere conjunctos cum talis prædefuncti fratris aut sororis filiis. Pro certo videlicet est, quod prædefuncti fratris aut sororis filii exheredati aut præteriti ad querelam quidem ipsi non admittuntur. sed quid vetat, hos, si defuncti parentes aut fratres sororesve testamentum suo loco & ordine resciderint per querelam, cum his ab intestato ad hereditatem concurrere? Mover primum, quod hoc patitur *Nov. 118.* si paterfamilias intestatus decedat, & per querelam causa testati ad causam intestati deducitur: eoque victoria prodest his, qui habent ab intestato successionem *l. 6. §. 1. h. t.* deinde duæ sunt species successionis: una ex testamento, altera ab intestato: Novella autem 118. definit omnes ab intestato successiones; sive ab initio intestatus sit paterfamilias, sive postea fiat intestatus, rupto, irrito, aut rescisso testamento. Jam si rem spectamus, nil interest, utrum paterfamilias ab initio sit intestatus, an deinde intestatus fiat: nisi quod priore casu succedit proximus tempore mortis, posteriore proximus tempore, quo certum est, neminem ex testamento fore heredem *§. 6. Inst. de legit. agnat. success.* Ita Bachovius; ad *Trentler. p. 1. Disp. 13. thes. 4. lit. D.* alique: prima ratione non improbabili. Sed diligentiore tractatu habito, magis placet mihi sententia Viglii Zuichemi Viri Doctissimi, ad *pr. Inst. h. t. n. 9.* existimantis, eos, qui à querela removen- tur, cum eo qui admittitur, in eaque obtinet, ad hereditatem non concurrere ex *Novella 118.* Non utar multis: inferam saltem, quod hæc Novella heredi-

hereditatem quidem ab intestato defert, siue paterfamilias ab initio intestatus fuerit, siue postea intestatus factus sit: sed non alias, quam si ille sit in totum intestatus: siue nullum fecit testamentum; siue fecit aliquod, sed inutile ab initio, aut postea ruptum, destitutum, aut irritum factum: quo casu neque institutio valet, neque aliud. hoc vero non est ita ex *Novella 115. c. 3.* nam testamentum ex ea non in totum rescinditur: sed quatenus ad heredis institutionem attinet, cetera firma manent, sicut ante firma fuere. atque hoc statuit hæc *Novella* non modo circa legata aut fideicommissa, (ne quis dicat, hæc hodie vel ab intestato relinqui) sed etiam circa tutelæ dationem: tantum in testamento, non æque ab intestato obtinentem. Ut cumque erit: cum noluerit Imperator in *d. Novell. 115. c. 3.* testamentum inofficiosum, per querelam hodie in totum rescindi: apparet, eum velle, tale testamentum valere ex parte: ideoque patremfamilias hoc novo jure per querelam non in totum haberi intestatum. consequenter igitur putemus, ad defuncti hereditatem in proposito non venire omnes, qui ex *Novell. 118.* ad hereditatem ab intestato vocantur: sed tantum hunc, qui querelam instituit, atque in ea victor extitit: non in alterius, sed in suum usum. Nec est, quod quis hic provocet ad definitionem *l. 6. §. 1. b. t.* nam parata est responsio; quod querela patremfamilias tempore Ulpiani, cujus est *d. l. 6.* in totum faciebat intestatum: quod post *d. Novell. 115. c. 3.* non est, ut dixi. quid, si præterea dicam, quod Ulpianus in *d. l. 6. §. 1.* ait, victoriam prodesse his, qui habent ab intestato successionem, id bene procedere in specie, quæ ibi tractatur: in qua illis competebat & ab intestato successio, & querela; quod hic non est.

Sequens locus est, adversus quem querela inofficiosi competat? puto autem, competere adversus heredem scriptum *l. 25. §. 1. l. 27. §. 3. l. 29. D. b. t.* demum adita hereditate: eo quod hereditatis petitio, qua æstimatur inofficiosi querela, tantum datur adversus eum, qui hereditatem pro herede vel pro possessore possidet *l. 9. l. 10. §. 11. D. de heredit. petit.* talisque est adita hereditate heres scriptus: si quidem iudicetur, testatorem non habuisse testamenti factionem, quasi insanum. Non ita est in bonorum possessione contra tabulas, quia hæc liberis datur, non propter exheredationem, sed propter præteritionem; nec præfert colorem insanix patris ex injuria, sed oblivionem ex silentio *l. ult. C. de liber. præter.* eoque favorabilis est, certe minus odiosa, & quamvis non adita hereditate, modo potuerit adiri, datur adversus lignum, siue adversus testamenti tabulas *l. 4. §. 1. 19. D. de bon. possess. contr. tab.* Datur igitur querela adversus heredem scriptum, demum adita hereditate. at qualem? nihil refert. nam & si Imperator sit heres institutus, posse inofficiosum dici, sapissime rescriptum est *l. 8. §. 2. D. b. t.* egregia ratione, quæ est Pauli *lib. 4. Sentent. tit. 5. §. 3.* in his verbis: *Eum enim, qui leges facit, pari majestate legibus obtemperare convenit.* De cætero nec est omittendum, quod heredis appellatione & heredis heres continetur: quia hereditatem ab herede acceptam, ejus modo possidet, idque & de fisco dicendum *l. 10. C. b. t.*

Porro tempus est, ostendi, quid & quantum querela inofficiosi petatur. cum vero sit hereditatis petitio ex causa de inofficioso: apparet, ea hereditatem ex lege ab intestato peti, rescisso testamento quasi a furioso facto inutiliter. proinde si unus sit testatoris, filius idem exheredatus, non est dubium,

quin is vindicet, totam hæreditatem suam esse: si plures sint, tantum quisque petat, quantum habiturus esset, patre sine testamento mortuo. Id rationis est: & manifeste docet Paulus *l. 19. D. b. t.* nam matre defuncta, ab eaque ex duabus filiabus una præterita, altera herede instituta, ait præteritam non debere totam vindicare hereditatē, sed semissem; quia utriusque portio, matre sine testamento mortua, ex lege ab intestato intra semissem subsisteret. Est id explorati juris, ubi duobus exheredatis, utrique licet ad inofficiosi accusationem venire pari jure, tum enim uno repudiante querelam, aut ab ea tempore aut quo alio modo repulso, accrescet alteri pars deficientis: prorsus, ut qui ab initio tantum poterat partem petere, nunc possit totam vindicare hereditatem, partim proprio jure, partim jure accrescendi: sicut futurum esset, si paterfamilias ab initio intestatus mortuus esset *l. 9. D. de suis & legitim. hered.* Est tamen hoc non usquequaque verum: & ideo nec sine moderatione accipiendum. tum enim maxime procedit, ubi duobus exheredatis, utrique ab initio jus fuit, ad querelam accedere: legitima portione neutri relicta. nimirum, quia tunc uterque pariter ad hereditatem legitimam vocatur. & alter, si querelam repudiet, legitimam repudiat hereditatem, ad quam unice poterat per querelam adspirare: alter contra, si ad querelam veniat, intelligitur legitimam retinere hereditatem. optimo igitur jure ei accrescat portio querelam repudiantis, aut ab ea exclusi aliter. Hoc iter tenet Paulus *l. 23. §. ult. §. 1. 17. D. b. t.* Nec obstruit id Ulpianus *l. 8. §. 8. eod. tit.* nam ut proponat duos exheredatos, sicut fecit quoque Paulus: interim alio modo proponit. nam in Pauli specie neutri relicta est portio legitima, & ideo utrique ab initio competit querela. contra in Ulpiani specie uni relicta est portio legitima, aut aliquid pro ea, eoque nulla hujus ab initio est querela. Inde nunc queritur in *d. §. 8.* quemadmodum æstimanda sit illa portio. plurimum enim refert; utrum solus sit, cui relicta est illa portio seu quarta; an alius ei faciat partem. nam si solus sit, habebit quartam assis; alioquin quartam semissis. utrum igitur partem ei facit frater simpliciter exheredatus; ait Ulpianus, facere. igitur non vult, ei deberi quartam assis, sed quartam semissis: quia putat, fratrem exheredatum ei partem facere. utique, si queritur. imo, si non queritur. quæso, quo argumento? nempe, quia exheredatus legitimam habens portionem, per eam est exclusus a querela, per quam ad legitimam hereditatem esset venturus. atque ut non potest legitimam hereditatem ab intestato ex lege vindicare per querelam: ita apparet, non posse ei, deficiente exheredato fratre, competere jus ad accrescendi: numquam obtinens, nisi inter plures, ad hereditatem siue legitimam, siue testamentariam pariter vocatos.

Restat, ut de effectu querelæ disputemus. is ad duo recidit: primum est, ut testamentum, tamquam ab insano factum, rescindatur: alterum, ut defuncti hereditas ex lege ab intestato obtineatur. id, ne ad partes vocem alios jam adductos, indicat Ulpianus *l. 8. §. 16. b. t.* Si, inquires, ex causa de inofficioso cognoverit iudex & pronunciaverit contra testamentum, nec fuerit provocatum: ipso jure rescissum est, & suus heres erit, secundum quem iudicatum est, & bonorum possessor, si hoc scilicet (sic lego, pro se) contendit. Non tamen semper in totum rescinditur testamentum. aliquando evertitur pro parte tantum. Ut res exemplo liqueat

liqueat, unus ab intestato heres querela agens totam petit hereditatem; & in totum rescindit testamentum: solusque sit ab intestato heres; sicut heres solus fuisset, nullo facto testamento, quod si plures fuerint ab intestato heredes; & unus exheredatus de inofficioso queratur: is, sicut ex parte petit hereditatem; ita testamentum pro parte rescindit, eoque patrem familias pro parte intestatum, pro parte testatum efficit *l. 19. l. 15. §. ult. h. t.* Potest etiam evenire circa inofficiosi querelam: ut in una atque eadem causa diversæ proferantur sententiæ. quid enim, si fratre agente, heredes scripti diversi juris fuerint? (exempla supra dedi) ait Ulpianus, hoc si fuerit: videri patrem familias pro parte testatum, pro parte intestatum decessisse *l. 24. h. t.* Nescio, an ab eodem fonte sit, quod Ulpianus *l. 6. §. 1. h. t.* scribit, Si quis ex his personis, quæ ad successionem ab intestato non admittuntur, de inofficioso egerit, (nemo enim eum repellit) & casu obtinuerit: non ei prodesse victoriam, sed his, qui habent ab intestato successionem, sed de hoc alibi supra. Contra, si duo sint filii exheredati, & ambo de inofficioso testamento egerint, & unus postea constituerit, non agere: ait Paulus, ejus partem alteri accrescere *l. 23. §. 2. h. t.* quasi (quod idem Paulus observat *l. 17. eod.*) Centumviri hunc solum filium in rebus humanis esse nunc, cum facerent intestatum, crediderint.

Summa est; quod, rescisso per querelam testamento, causa testati ad causam intestati deducitur, aliquando in totum, aliquando pro parte, sic vero fit: ut qui heres ante fuit, desinat esse heres *l. 31. D. de vulg. & pupil. substit.* vereque scribat Paulus *l. 21. §. 2. h. t.* evicta hereditate per inofficiosi querelam, oportere ab herede instituto perinde observari omnia, ac si hereditas ab eo adita non fuisset; & consequenter illi, quasi nulla facta fuerit debiti & crediti confusio, competere adversus eum, qui superavit, integram debiti petitionem, nec minus debiti compensationem.

Versa vice, placet Papiniano *l. 15. §. 2. h. t.* quod filius, qui inofficiosi actione adversus duos heredes verbi gratia, expertus, diversas sententias Judicum tulit, & unum vicit, ab altero superatus est: & debitores convenire pro parte potest, & corpora vindicare, & hereditatem dividere, qua ratione? ait, ei competere familiæ creiscundæ judicium: quia credimus, eum legitimum heredem pro parte esse factum: & ideo pars hereditatis in testamento remansit, nec absurdum videtur, pro parte intestatum videri.

Sed apparet, per querelam, in qua obtineat exheredatus, causam testati ad causam intestati deduci, quatenus ad heredis institutionem pertinet. Nec ad hoc stetit vis sententiæ: etiam evertit cætera in testamento relicta. Itane? ubi heredis institutio est caput & fundamentum totius testamenti? an ea sublata, potest valere quidquam in testamento relictum? non potest. adeo & libertates ipso jure non valent, nec legata debentur, sed soluta repetuntur aut ab eo, qui solvit, aut ab eo, qui obtinuit, & hæc utili actione repetuntur. fere autem, si ante controversiam motam soluta sunt, qui obtinuit, repetit: & ita D. Hadrianus & D. Pius rescripserunt *l. 8. §. 16. h. t.* De fideicommissis quid dicemus? dubitavit Scævola. Sed eum Paulus notat: probat certe nec fideicommissa ab intestato deberi, quasi a demente data *l. 13. h. t.* Quæ dixi, vera sunt, si de inofficioso sit à Judice pronuncia-

tum, præsentem adversa parte. Quam obrem? Paulus *l. 17. §. 1. h. t.* ait, Cum contra testamentum, ut inofficiosum judicatur, testamenti factionem habuisse defunctum non credi. An idem probandum est, si herede non respondente, secundum præsentem judicatum sit? Non putat Paulus: hæc ratione: quod hoc casu non creditur juxta sententia Judicis fieri: & ideo libertates competunt, & legata petuntur. Quid, si transactum sit, aliquo dato, aut retento, aut promisso? Ulpianus *l. 29. §. 2. h. t.* sic scribit: *Quamvis instituta inofficiosi accusatione, res transactione decisa sit, tamen testamentum in suo jure manet: & ideo data in eo libertates, atque legata, usque quo Falcidia permittit, suam habent potestatem.* Quod eo lubentius annotavi: quia sic refellitur Responsum Scævolæ *l. 14. D. de transact.* quo de egi *lib. 2. Probabil. c. 2. & lib. sing. Ad Edictum De pact. & transact. c. 22.* Sed claret, heredis institutionem, & legata, & libertates, & fideicommissa, & cætera omnia corrumpere, rescisso a Judice testamento quasi inofficioso, ideoque probo, quod ab Ulpiano *d. l. 29. pr.* dicitur, *Si suspecta collusio sit legatarius inter scriptos heredes, & eum, qui de inofficioso testamento agit: adesse etiam legatarios & voluntatem defuncti tueri, constitutum esse: eisdemque permissum esse etiam appellare, si contra testamentum pronunciatum fuerit.* Interim benigne receptum est, quod a Paulo *l. 28. h. t.* scriptum hunc in modum: *Cum mater militem filium falso audisset decessisse, & testamento heredes alios instituisset: Divus Hadrianus decrevit, hereditatem ad filium pertinere: ita ut libertates & legata præstentur.* Hic illud adnotatum, quod de libertatibus & legatis adjicitur: nam cum inofficiosum arguitur, nihil ex eo testamento valet. Prima facie facilis videtur locus: sed indiget explanatione. Species. Mater præterito filio, quem putabat decessisse, decepta falso rumore, heredem alium instituit. Hoc testamentum valet tam prætorio, quam civili, jure: quia mater filium numquam habet in potestate, ita neque ipso jure nullum est testamentum; neque rescinditur per bonorum possessionem contra tabulas. non magis potest filius queri de inofficioso: quia mater noluit eum exheredare, sed per errorem præterit, quem heredem instituisset, si non errasset. Non igitur potest mater a filio quasi insaniam accusari, cum querelæ color sit insania parentis. At nec potest hic filius hereditatem petere ab intestato, quamvis id voluisse videtur mater: certo, quod ubi heres est ex testamento, aut futurus speratur, ab intestato heres non admittitur. Indicavi difficultatem Interpretibus molestam a multis seculis. Solutionem quæris. Duplex est: una subvenit filio per querelam inofficiosi: & fundamentum ei, quod in proposito matris præteritio non quidem fuit a mala mente, sed nihilominus re facta est, nec interest filii, utrum mater eum per errorem præterierit, an odio. Huc ivit Ulpianus *l. 27. §. ult. h. t.* verba Ulpiani, *De testamento matris, qua existimans periisse filium, alium heredem instituit, ut inofficioso queri potest filius.* Sic habet vulgata editio. Florentiæ est: *de inofficioso queri potest.* Et tum queri passively accipiendum est, ut sæpe deponentia verba apud Nostros, Antonius Faber, *Rationalib.* emendat, *queri non potest.* Sed non probo emendationem, quamquam eam multis urget Faber. Ulpiani sententia est, audiendum esse filium, si velit matris testamentum infringere querela inofficiosi, ac putem, si hac agat, & obtineat filius: non institutionem tantum infirmari, sed libertates quoque,

quoque, & legata, & cætera in testamento relicta: convenienter naturæ querelæ inofficiosi; & hoc indicari in fine *l. 28. h. t.* Altera solutio est Pauli in *d. l. 28.* is censet, filium etiam posse matris hereditatem petere quasi ex tacita ejus voluntate. estque id consequens his ejus verbis: *D. Hadrianus decrevit, hereditatem ad filium pertinere: ita ut legata & libertates præstentur.* Sensus, D. Hadrianum (ex appellatione aut supplicatione forte) decrevisse, hereditatem ad filium perinde pertinere, quasi tacite a matre institutus esset: ita tamen, ut legata & libertates ab eo præstentur. At enim hereditas nuda voluntate neque datur, neque adimitur, utrumque fit testamento, & hoc tantum. absit igitur, ut filius præteritus possit matris hereditatem tamquam ex tacita ejus voluntate petere. Verissime, si res, ut oportet apud Prætores, similemve Magistrum, legibus alligatum æstimeretur regulis juris. sed in proposito ait Paulus, D. Hadrianum, qui erat legibus solutus, ita, ut poterat, decrevisse, suadente æquitate, quod in simili etiam observasse Severum & Antonium, idem refert Paulus *l. ult. D. de heredib. instit.* quam legem velim cum præsentē loco conferri. Sed redeo ad *d. l. 28. h. t.* in qua restat sequens versus: *Hic illud adnotatum est, quod de libertatibus & legatis adjicitur. nam cum inofficiosum testamentum arguitur, nihil ex eo testamento valet.* Accursius dubitari ait, quid significet, *Hic illud adnotatum est:* quibusdam enim videri reprehensionem: aliis observationem. nec potest negari, utroque usurpari modo. nam Cornelius Fronto, vetus Grammaticus, p. 1333. lin. 20. *Notat, inquit, vel locum quis, vel personam, vel noxiam. Annotat, qui nota quid adjicit.* Fit igitur adnotatio & laudis & reprehensionis causa. Observat A. Gellius lib. 17. Noct. Attic. c. 2. Verba Gellii *Quæ in eo libro scripta essent in utrasque existimationes laudis aut culpæ adnotamentis digna.* Quidquid est: Plinius, lib. 2. Epist. 11. *Adnotatumque, inquit, experimentis.* Nec ille tantum, sed nostri quoque *l. 7. §. 17. D. Quib. ex caus. in poss. eat. & l. 12. §. 2. D. Qui & a quib. manumif.* Quid igitur est? Paulus *adnotatum* pro *observatum* dixit; significans, a sapientibus esse observatum tamquam novum atque extraordinarium, quod a D. Hadriano est decretum, libertates, & legata servari quasi ex tacita matris voluntate: cum si a filio esset actum querela inofficiosi, (ut in *d. l. 27. §. ult.*) nihil ex eo testamento valeret.

Hoc fere jus fuit usque ad *Novell. 115. c. 3.* inde placuit Justiniano, testamentum per querelam quidem rescindi: at non in totum, ut ante; sed quatenus ad heredis institutionem attinet: cætera firma manere. ita in *d. c. 3.* unde descripta est *Authent. Ex causa C. de liber. præterit.* male posita sub illo Titulo: cum deberet poni sub Titulo, *De inoffic. testam.* ut dixi supra.

Sic: si in querela obtinet actor. quid, si aliter eveniat? Ait Ulpianus *l. 8. §. 14. h. t.* eum, qui testamentum improbe dixit inofficiosum, & non obtinuit, perdere id, quod in testamento accepit, & hoc filco vindicari, quasi indigno ablatum. ait tamen, sic non semper observari; sed tum demum, si usque ad sententiam Judicum, id est Centumvirorum, in lite improba perseveraverit. nempe, quia sic apparet ejus contumacia. quod si ante sententiam destitit, vel decessit: putat Ulpianus, ei, quod datum sit, non auferri. alterum, quia resipuit: alterum, quia potuisset, si vixisset, pœnitere. certe humanitatis est, sic existimare. Proinde & si absente eo secundum

præsentem pronuntietur: ait Ulpianus, posse dici, conservandum ei, quod accepit: quasi victo magis propter absentiam, quam quod malam causam habuit: ut est in *l. 55. D. de evict.* Amplius ait, eo solo, cujus emolumentum ad eum pertinet, carere quem debere. cæterum, si rogatus fuit id restituere; non debere injuriam fieri: oportere enim unicuique factum suum nocere, non etiam alteri *l. 155. D. de regul. jur.* Addit his Ulpianus, inde non male referri a Papiniano, heredem, si fuit institutus, & rogatus restituere hereditatem, deinde in querela inofficiosi non obtinuit, solum perdere id, quod jure Falcidiæ, id est quartæ Pegasianæ, potuit habere. Ne hoc quidem silebo, Ulpianum *d. l. 8. §. 15.* putare, quod hæc pœna tantum in his obtinet, quæ testamento relicta sunt a testatore: nimirum, quod is defuncti judicium accusavit furoris, merito privatur liberalitate, quam ejus iudicio accepit. cæterum, si a lege habeat aliquid, contra est: quia non est indignus eo, quod a lege tamquam æs alienum habet sine iudicio testatoris. licet habeatur indignus eo, quod non foret habiturus, absque testatoris voluntate fuisset. Marcianus quoque putat *l. 30. §. 1. h. t.* multum referre, utrum quis proprio nomine agat, an alieno. exemplum esse in tutoribus: quos pupilli nomine sine periculo ejus, quod datum sit, de inofficioso vel falso testamento posse agere, Divos Severum & Antoninum rescripserunt. idque optima ratione defendi, Tryphoninus observat *l. 22. D. de his quæ ut indign.* scilicet, quod officii necessitas & tutoris fides excusata esse debet. utique nemo Judicum calumnia notabit tutorem, qui non suis simultatibus accusationem sub nomine pupilli instituit, sed cogente forte matre pupilli vel libertis patris instantibus. Igitur causatur, quod discreta sunt jura, quamvis plura in eandem personam devenerunt, aliud tutoris, aliud legatarii: & cum non suæ personæ jure, sed pupilli accusaverit, propriam pœnam mereri non debet. denique pupillo relicta in eo testamento, nisi a Principe conservata sint, pereunt: adeo ille est accusatoris defensor & quasi patronus.

Quæ de effectu querelæ inofficiosi testamenti dixi hæcenus, vera & manifesta sunt, si ab omnibus aut pluribus Judicibus judicatum sit, inofficiosum esse testamentum, aut non esse. Sed quid si pars judicantium contra testamentum, pars secundum id judicaverit? Marcellus *l. 10. D. h. t.* sic scribit: *Si pars judicantium de inofficioso testamento contra testamentum, pars secundum id sententiam dederit, quod interdum fieri solet: humanius erit sequi ejus partis sententiam, quæ secundum testamentum spectavit, nisi (si) aperte Judices inique secundum scriptum heredem pronunciasse apparebit.* Locus admodum notabilis & difficilis. sed cum more suo, id est præclare, illustravit V. CL. Jacobus Cujacius lib. 10. *Observ. c. 20.* nec me absterrent, quæ in *Rationalibus* contra disseruit Antonius Faber: sicut nec video, cur loci hujus partem magis Triboniano, quam Marcellis imputet.

Reliquum est, quando cesset querela. id verò contingit variis ex causis. una est: si quis alio modo possit ad defuncti bona venire. Nimirum, quia querela est plena odii; utpote testatorem insaniam arguens: non placet, eam adhiberi, nisi pro ultimo adjutorio: quo nomine etiam insignitur *l. ult. C. de liber. præterit.* Sed hoc clare Justinianus *§. 2. Inst. h. t.* & est exemplum in liberis a patre præteritis: qui possunt testamentum initio nullum dicere; aut scriptis heredibus veteri jure accrescunt,

aut possunt petere bonorum possessionem contra tabulas. omnibus his alia, quam per querelam, patet via ad defuncti bona; & ideo ad hanc non admittuntur *d. l. ult. l. 23. h. t. & l. 8. D. de bonor. posses. contr. tab.* Caterum non obstat hoc, quo minus exheredatus possit, præter inofficiosum, etiam nullum, ruptum, aut irritum, dicere testamentum *l. 14. § 16. C. h. t. l. 3. C. de hered. petit.* Et est notandum, quod Ulpianus *l. 8. §. 12. D. h. t.* monet, *Si quis irritum dicat testamentum, vel ruptum, & inofficiosum, conditio ei deferri debet, utrum prius movere velit.* Contraria sunt, testamentum valere, & non valere. non igitur potest hæc simul dicere. unum prius dicere, alterum post, potest. Utrum autem malit, ejus electio est, non adversarii, nec magis Prætoris. Optime Cicero, *Pro Cæcina. Si Prætor is, qui judicia dat, numquam auctori præstituit, quam actione uti velit, videte, quam iniquum sit, constituta jam re, judicem, quid agi potuerit, non quid actum sit, querere.*

Alterca causa est: si exheredatus querelam palam seu directo repudiaverit; dicens, se nolle ad eam venire *l. 17. h. t.* Idem, si ab ea desistat *l. 8. §. 1. l. 15. §. 1. eod.* nisi forte sit ab herede scripto deceptus ejus mendacio, ut in *l. 21. h. t.* aut nisi interposito pacto, Ne agatur, heres scriptus non servat fidem pacti *l. 27. h. t.* scilicet, quia querela per pactum non tollitur ipso jure *§. 3. Inst. de except.* Potest deinde querela agi, tamquam re integra; & si opponatur exceptio pacti: potest replicari de dolo malo. Nec obstat *l. 6. C. de transact.* quam exposui *lib. sing. Ad Edict. De pact. & transact. c. 14. p. 457.* Sic: si querela directo repudietur. Idem, si fiat per consequentiam: exheredato defuncti voluntatem palam approbante. fac: in patris testamento post ejus mortem adscripsi, consentire me. repellendus sum ab accusatione *l. 31. §. ult. h. t.* perinde quasi ei renunciaverim. quod si vivo patre cum eo pactus sim; placuit Papiniano, Meritis magis filios ad paterna obsequia provocandos, quam pactionibus adstringendos. & optime probat Justinianus *l. 35. §. 1. C. h. t.* at voluntas testatoris non tantum palam agnoscitur; sed etiam tacite: ut si is, qui querelam movere potest, acceperit ipsi relictum a testatore *l. 8. §. 10. h. t.* Adeo ait Marcellus *l. 10. §. 1. eod. Notissimum esse, eum, qui legatum perceperit, non recte de inofficioso testamento dicturum.* Excipit, *Nisi id totum alii administravit.* Meo judicio minus accurare, quam res sinat. Sic tamen exemplum in tutore, qui pupilli nomine petit ei relictum *l. 30. §. 1. D. §. 4. Inst. h. t.* Hoc exemplo utuntur Græci, *Basilic. lib. 39. tit. 1. tom. 5. p. 246.* & recte: nam cum tutelæ administratio sit munus publicum, facile excusat tutorem legatum pupillo petentem: quia totum alii administrat, & quidem necessitate muneris publici: ipse conveniendus actione tutelæ, nisi egisset pupilli nomine. at hæc Marcelli exceptio, *Nisi id totum alii administravit,* intra hoc exemplum non subsistit. Plus continet: nam & procurator & advocatus, a patre exheredati, si ex ejus testamento petant legatum alii relictum: id totum alii administrant. Paulus tamen *l. ult. h. t.* procuratorem aut advocatum, cum uterque alii volens petat legatum, ab agnitione paterni testamenti non excusat hoc prætextu, quasi totum alii administret: etsi sciam, advocato parci, qui in rei vindicatione alii adfuerit, ignorans se dominum esse *l. 54. D. de rei vindicat.* Sed nimis claret, eum, qui ad testamenti tutelam volens accessit in judicium, defuncti judicium approbal-

se: ideoque Marcelli exceptionem prudenter accipiendam esse in *d. l. 11. §. 1.* Illud non improbo, quod Paulus *l. 23. §. 1. h. t.* ait, si qui exheredati ab institutis heredibus, scientes eos heredes esse, hereditatem vel res singulas emerunt, vel prædia conduxerunt, aliudve quid simile fecerunt, vel solverunt heredi, quod testatori debebant: videri eos judicium defuncti agnoscere, & a querela excludi.

Tertia causa repellendæ querelæ est; si pater filio reliquerit portionem legitimam, id est, quartam portionis ex lege ab intestato debitæ *l. 8. §. 6. & 8. h. t.* objecta agenti de inofficioso exceptione, Nisi jam habeat quartam debitæ portionis. Nec intererat olim, quomodo acceperit eam quartam filius, utrum jure hereditario, an jure legati, vel fideicommissi, vel donationis mortis causa, vel etiam inter vivos *§. ult. Inst. h. t.* hac tamen contemplatione, ut in quartam habeatur *l. 25. d. t.* Hoc olim fuit, sed mutavit Justinianus *Novell. 115. c. 3.* vetans, hanc portionem filio aliter relinqui, quam titulo institutionis: non quod hic titulus sit honor (quamquam est honor: nam & legatum & fideicommissum, & donatio mortis causa honori dantur) sed ne videatur filius aut exheredatione aut præteritione temere notari ob violatam pietatis religionem: nam tali nota exheredatio censetur *l. 18. C. h. t. l. 20. D. de bonor. posses. contr. tab.* eamque non expungit honor legati aut fideicommissi, aut similis. Voluit igitur Imperator, filium exheredari certa & probata ex causa: alioquin in legitimam institui.

Cæterum quando inducta sit hæc quarta, non possum ad liquidum adducere. probabile est, esse posteriorem quarta Falcidia, temporibus Augusti inventa a P. Falcidio, Tribuno plebis, auctore Dione *lib. 48.* Neque erraverit, quisquis conjiciat, quartam legitimam ejus exemplo esse moribus inductam a Jurisconsultis: qui animadvertentes, lege Falcidia liberum esse testatori, legare dodrantem hereditatis, si heres ex asse scriptus salvam habeat ejus quartam: sibi aliisque persuasere, etiam filio sufficere a patre accipienti, quantum haberet, ab eo heres institutus & legatis exhaustus. Hoc fere Plinius *lib. 5. Epist. 1.* sic scribens: *Si mater, inquam, te ex quarta scripsisset heredem, num queri posses? quid si heredem quidem scripsisset ex asse, sed legatis ita exhaustisset, ut non amplius apud te, quam quarta remaneret?* Utique non alia videtur causa: quod hæc portio in *l. 31. C. h. t. l. 5. §. 3. C. Ad Leg. Jul. majest.* quarta Falcidia appellatur, quam quod est ad exemplum quartæ Falcidiæ introducta: sicut & quarta Pegasiana, quia formata est ad exemplum quartæ Falcidiæ, Falcidia vocatur *l. 8. §. 11. h. t.* & alibi sæpe.

Ut ut erit: cessat inofficiosi querela, si pater filio exheredato reliquit quartam portionis, quæ ejus fuisset; si intestatus decessisset pater *d. l. 8. §. 6.* id vero sic intelligendum; ut siue unus sit, siue plures, quibus permittitur agere de inofficioso, una sufficiat quarta pro rata inter eos distribuenda. *§. ult. Inst. h. t.* quare ut intelligatur uniuscujusque in ea portio, numerari debent personæ, quibus hereditas ex lege ab intestato debetur. ac si unus sit filius, & de quarta quærat; erit quarta assis: si duo; quarta semissis: si tres; quarta trientis. proinde (qui est casus *d. l. 8. §. 8.*) si avus ex duobus filiis ante defunctis, habeat nepotes, ex uno unicum, ex altero tres; om-

nesque exheredavit, relicto singulis legato; & his de inofficioso avi testamento querentibus, eis tantum esse legatum dicatur, quantum sufficit ad legitimam portionem; & quærat, quantum ex legatis habere debeant singuli, ut eis salva sit portio legitima: ait Ulpianus, unicum ex priore filio habiturum fuscunciam: singulos ex altero filio habituros semunciam: quia huc redit quarta portionis eis ab intestato debita: futura eorum successione non in capita, sed in stirpes. Atque hoc Ulpiano placet: si ea portio ad exheredatum simpliciter ventura sit ab intestato. At pone: filii duo sunt exheredati, unus relicta ei quarta: alter simpliciter. hic non queritur. est dubitatio propter jus accrescendi. quid dicimus? Ulpianus sic extricat *d. l. 8. §. 8. Quoniam quarta debita portionis sufficit ad excludendam querelam, videndum, an exheredatus partem facit, qui non queritur: ut puta, sumus duo filii exheredati? Et utique faciet, ut Papinianus respondet. Et si dicam inofficiosum, non totam hereditatem debet, sed partem petere.* Sensus Ulpiani: Si alter filius de inofficioso queritur, alter non queritur, (exclusus tempore, vel repudiens querelam) & ambigitur, quanta debeat esse querentis quarta; utrum assis, an semissis: magis placet, esse quartam semissis. Qua ratione? hæc est, quod in computatione huius quartæ non habetur ratio semissis ejus, qui querelam repudiavit, forte quia inter fratres in proposito jus accrescendi cessat: eo quod alter videtur suam partem obtinere. Huic rei indicio esse, Ulpianus ait: quod alter, si dicat inofficiosum, non debet totam hereditatem petere, sed dimidiam. Ita fit, ut quarta non sit quarta assis, fratris qui queritur, futuri, si frater ei non faceret partem, obtinente jure accrescendi: sed quarta semissis, qui solus ejus foret, si una cum fratre ex lege esset ab intestato heres. Sic censeo: atque eo verius, quia alteri partem facere dicitur frater, qui perinde accipitur, ac si partem suam ita haberet, ut ex ea nihil jure ad alium pervenire possit *l. 7. D. de reb. dub. l. 1. §. ult. D. de collat. bonor.* Quod si est; certa res est: nam si exheredatus, qui non queritur, fratri usque adeo facit partem: ut hic propterea non habeat jus ad ejus portionem: quomodo potest ei pars repudiatae portionis, & consequenter alia deberi quarta quam semissis, qui ex lege ejus fuisset; si pater in proposito intestatus esset mortuus? Habes meam sententiam: sed verecunde accipiendam. nam (ut supra jam monui) is, qui non queritur, fratri non semper facit partem: sed tum demum, cum est quaestio de computatione quartæ alteri legatæ: ut in *d. l. 8. §. 8.* aliud vero est, cum agitur de querela, quæ ab initio pari jure potest moveri a duobus exheredatis, neutri relicta quarta legitima. Nec est obscura differentia ratio: quia tum uterque ab initio est vocatus ad legitimam hereditatem, ad quam uterque poterat venire per querelam. Igitur alter, si quidem repudiet querelam, fere agit, ut repudiet legitimam hereditatem, ad quam, ut dixi, per querelam habebat aditum. alter contra, si agat querela, id curat; ut hereditatem legitimam retineat. consequenter igitur is, qui ad querelam non accedit, eam repudiens, non facit ei, qui queritur, partem, eoque non impedit ei jus accrescendi: rescisso testamento in totum *l. 16. §. 17. h. t.* Ita est: hereditatis petitio, quæ querela continetur, datur omnibus, qui possunt hereditatem suam dicere sine discrimine, utrum eam habeant jure propriæ successionis, an jure accrescendi *l. 1. 2. 3. D. de hered. petit.* at quarta legitima exheredato

non dat querelam, id est, hereditatis petitionem: quin eum a querela, id est, hereditatis petitione, removet. Interim locum habet jus accrescendi tantum inter coheredes tam ex lege ab intestato, quam ex testamento: id est, inter eos, qui altero modo ab initio habent hereditatis petitionem. Non igitur potest exheredato, fratre non querente, competere jus accrescendi; cum ei relicta est portio legitima, per quam removeretur a querela, id est, a via, per quam eum oportebat legitimam hereditatem petere; manifesto, hoc numquam obtinere, nisi inter eos, qui ad hereditatem sive legitimam, sive testamentariam, ab initio pariter vocantur; quod in proposito non esse, & hic & paulo ante est evidenter demonstratum. Hoc mihi nunc, olim aliud placuit. sed dies diem docuit.

Putemus igitur, (nam eo redeo) secure testari patrem: qui filio in testamento reliquerit quartam partem ejus, quod ad eum ab intestato esset perventurum: sic enim definit Ulpianus *l. 8. §. 6. h. t.* Hoc autem, *Perventurum*, ita accipimus, ut videatur pervenire demum, quod sit permansurum *l. 71. D. de verb. signif.* id est, cum effectu, non prima ratione *l. 2. §. 2. D. de hered. vend.* proinde æstimaturus quartam legitimam, exemplo ejus, qui taxabit quartam Falcidiam, (quæ de Gajus *l. 73. D. Ad leg. Falcid.*) debet considerare quantitatem bonorum, quæ defuncti fuere tempore mortis: ut est in *l. 6. C. h. t.* & observat Vetus Interpres ad *l. 4. Cod. Theod. d. t.* Ipsa porro hæc bona a beando dicta, id est ab eo, quod profunt *l. 49. D. de verb. signif.* non intelliguntur, nisi deducto ære alieno *l. 39. §. 1. eod. tit.* Ad hunc modum Ulpianus *l. 8. §. 9. h. t.* verba hæc sunt: *Quarta autem accipietur, scilicet deducto ære alieno & funeris impensa. Sed an & libertates quartam minuant, videtur (est: & nunquid minuant?) nam si cum quis ex assse heres institutus est, ideo non potest dicere inofficiosum, quia habet Falcidiam; Falcidia autem libertates non minuit: potest dici, deductis libertatibus quartam ineundam. Cum igitur placet, quartam minui per libertates, eveniet, ut qui servos tantum habet in patrimonio suo, dando eis libertatem, inofficiosi querelam excludat: nisi forte hic filius, si non fuit in potestate, a patre heres institutus, merito omittit hereditatem, & ad substitutum transmittens, querelam inofficiosi instituet; vel ab intestato, citra Edicti pœnam habeat hereditatem.* Sensus Ulpiani: quod ut, ineatur quartæ ratio, ante debet de bonis defuncti deduci onus æris alieni, & impensa funeris, & quod superest, id demum debet in defuncti bonis, ex quibus quarta exheredato competit, reputari. Hoc clarum: quod sequitur, minus liquet. *Sed an & libertates quartam minuant, videndum (est: & nunquid minuant.)* Sic editur Florentiæ. apud Haloandrum defunt verba, *est: & nunquid minuant.* Multo melius. Ulpiani sensus eo redit, quo hoc Pauli *lib. 4. Sentent. tit. 5. §. 6. Quarta portio liberis, deducto ære alieno & funeris, impensa præstanda est, ut ab inofficiosi querela excludantur. Libertates quoque eam portionem minuere placet.* Neuter vult, quod libertates per quartam minuuntur, sed quod quarta minuitur per libertates, sicut quarta minuitur per æs alienum: exemplo quartæ Falcidiæ: de qua ita idem Paulus *l. 39. D. Ad leg. Falcid.* Sequens Ulpiani versus, *Nam si &c.* est impediriissimus. Sed ut mihi videtur & Græcis, Scholio ad hunc locum, ita accipiendus: Nam si filius, qui heres ex assse institutus, salvam habet quartam Falcidiam ex eo, quod deductis libertatibus superest, non potest queri de inofficioso; ergo nec exhere-

exheredatus potest queri de inofficioso, si ex eo, quod deductis libertatibus superest, ei salva est quarta legitima. Quid si deductis libertatibus, nihil superest? jam cessabit querela: quemadmodum, si deductis libertatibus nihil superest, cessat Falcidia. Hoc si extraneus heres scriptus adit hereditatem. Ceterum hic non facile erit sic aditurus hereditatem, ex qua nihil habet sperare. quin potius eam repudiabit. quod si fit: habebit eam exheredatus ab intestato ex lege: testamento sine querela sublato. Hoc exemplo etiam emancipatus filius, heres a patre institutus, poterit hereditatem testamentariam repudiare, eamque ab intestato adire. finge; aliquis tantum servos in patrimonio habens, filium emancipatum instituit heredem, alio ei in casum primum substituto. is mox omnibus servis dedit libertatem. quia ex libertatibus non deducitur Falcidia, filius, cui nihil superest, erit quidem heres, sed sine re: eoque, si sapit, repudiabit hereditatem: (ut potest jure civili, quia est emancipatus, eoque voluntarius heres) sic hereditas veniet ad substitutum: eritque illi eam adeunti non inutilis: quia libertas servis in institutione data, non utique ponitur in substitutione esse repetita l. 25. D. de manumiss. testam. quamvis potest in dubio repetita videri ex Rescripto Severi & Antonini l. 74. D. de legat. lib. 1. Ut ut erit, filius repudiata hereditate, adversus substitutum, qui hereditatem adierit, aget querela inofficiosi testamenti. Qua ratione? quia non habet quartam, & institutio primo gradu ei nullum adfert commodum. Ita Ulpianus d. §. 9. Quid, si hic filius non habeat vulgariter substitutum? Est ei vel hoc casu consultum, repudiare hereditatem ex testamento, ejus sine re futuram, & agnoscere bonorum possessionem ab intestato. nam libertates, non adita hereditate, vel sic corrumpunt l. 23. D. de manum. testam. atqui, inquires, erit locus Edicto, Si quis omissa causa testamenti: quo Edicto libertates, & cetera in testamento relicta, conservantur; si heres institutus, omissa causa testamenti, malit agnoscere hereditatem ab intestato. Sed hoc negat Ulpianus: videlicet, quia heres scriptus in proposito non principaliter agit, ut manumissos libertate fraudet; sed ut a se amoveat fraudem testatoris, qui eum heredem instituit non tam re, quam nomine. ipse certe l. 6. §. 3. D. Si quis omiss. caus. testam. ait, quod Prætor ex eo Edicto non simpliciter dat actionem: sed causa cognita: ideoque si quæ intervenierit justa causa omittendi, utique non daturum actionem legatorum. Hactenus de emancipato filio Ulpianus d. §. 9. l. 8. Quid de suo herede? de hoc nil ex professo Ulpianus. Sed, quod mihi videtur, innuit non posse ei instituto hoc succurri modo, quo emancipato succurritur. Quamobrem? quia suus heres non adit delatam hereditatem, sed a morte testatoris ultro heres existit & invitus & ignorans: ejusque existentia statim confirmantur libertates, etsi jure Prætorio se ab hereditate deinde absteineat: nihilominus enim manet jure civili heres; ut ut liberatus oneribus hereditariis l. 32. D. de manumiss. testam. Viderunt hoc (ut dixi) optime Græci lib. 39. tit. 1. Scholio ad d. l. 8. §. 9. lit. 5. p. 240. & seq. tom. 5.

Vereor, ne fastidium pariat longior interpretatio; sed non est longa, quam res desiderat. utique investigantibus, quando quartam salvam habeat exheredatus, an oportet omitti, quamnam ei imputentur? Ergo in quartam imputantur, de quibus,

ut imputentur, legibus expressum est l. pen. C. de collationibus talia ex propria defuncti substantia accipi, Justinianus refert Novell. 18. c. 1. Et in l. 8. §. 15. h. t. exemplum in quarta D. Pii, quæ ab impubere filio arrogato, & sine justa causa emancipato, exheredatove, Principis providentia, id est, ipso jure, percipitur hunc in finem l. 22. §. 1. D. de adoptionibus. Idem est, si quid ex defuncti bonis ejus judicio obtingat l. 8. C. h. t. ut legata, fideicommissa, & quæ hæc imitantur, donationes mortis causa, item donationes inter vivos, maxime factæ hac contemplatione, ut in quartam imputentur §. ult. Inst. l. 25. D. & l. 35. §. 2. C. h. t. Imperator d. §. ult. ait, esse & alios modos, qui ejus Constitutionibus continentur. Qui isti? mortis causa capiones, æque a judicio defuncti proficiscentes; quam mortis causa donationes; imputantur certe in quartam Pegasianam l. 91. D. Ad legem Falcid. quid ni in legitimam? sed res apparet ex Novell. 115. c. 3. In eodem numero est dos, item donatio propter nuptias l. 29. C. h. t. nec minus lucrum, quod occasione militiæ ex defuncti pecuniis quæritæ, ad exheredatum præteritumve tempore mortis testatoris pervenire potuit l. 20. C. de collationibus: ideo, quod talis sit militiæ, ut vendatur, vel mortuo militante certa pecunia ad heredes ejus perveniat. ea ratio adfertur l. 30. §. 2. C. h. t. Soli ibi excipiuntur Silentarii sacri palatii. Nec opus addi, talis militiæ appellatione venire omnem publicam operam stipendiis publice constitutis exerceri solitam. notum id vulgo; & ex professo traditum a Jacobo Rævardo lib. 3. Conject. c. 3. & Antonio Augustino, lib. De milit. ex casu.

Cessat igitur inofficiosi querela, si testator filio, verbi gratia, reliquit quartam legitimam: modo sit integra. nam si ea minus reliquerit; adhuc fuit querelæ locus: præterquam duobus casibus. prior erat, si filio minore ex parte herede instituto, fratres essent coheredes. Auctor Paulus lib. 4. Sentent. tit. 5. §. 7. sic scribens. Filius in judicio patris si minus quarta portione consecutus sit, ut quarta sibi a coheredibus fratribus citra inofficiosi querelam impleatur, jure desiderat. Alter casus est in l. 4. Cod. Theod. h. t. Ad utrumque respicit Ulpianus l. 25. D. d. t. Si non mortis causa fuerit donatum, sed inter vivos; hac tamen contemplatione t ut in quartam habeatur: potest dici inofficiosi querelam cessare, si quartam in donatione habet; aut si minus habeat, quod deest viri boni arbitratu repleatur; aut certe conferri oportere id, quod donatum est. Indicavi jus vetus: quod se mutasse, refert Justinianus §. 3. Inst. h. t. & extat Constitutio in l. 30. & 31. C. eod. Utraque huc tendit, ut si quantacumque pars hereditatis vel res filio sit a testatore relicta, de inofficioso querela quiescente, id quod ei deest, ulque ad quartam legitimæ portionis repleatur, licet non fuerit adjectum, eam viri boni arbitrio compleri. Valde autem probo, quod d. §. 3. ait Imperator, sese hanc Constitutionem introduxisse ad verecundiam naturæ. Erat enim grave, filium ob modicum aliquod, quod deest quartæ, parentis judicium impietatis accusare; idemque sub colore insanix convellere: cum præsertim patet aliquid ei relinquendo, magis errore, quam malo animo, minus legitima portione reliquisse videri possit. At non hoc sine substitit Justinianus: sed si quidem integra quarta filio a patre sit relicta; verum adjectum quartæ sit gravamen vel conditionis, vel dilationis, vel moræ, vel aliud qualecumque: deinde jussit in l. 32. C. h. t.

ipsam conditionem, vel dilationem, vel aliam dispositionem, aliquam moram, vel quodcumque onus introducentem tolli; & rem ita procedere, quasi nihil eorum testamento adjectum esset, debetur igitur quarta liberis pure, & sine gravamine. Quamquam, ut hoc clarius intelligatur, observandum est, quod portio legitima, quam quartam indigitamus, non tam a iudicio testatoris proficiscitur, quam a providentia legis; ideoque refert, utrum onus veniat ex jure hereditario, an ex voluntate testatoris. hoc casu pro non adscripto habetur, & quidem sine discrimine, utrum obtineatur, ut pars hereditatis, an ut pars bonorum. illo casu contra est: nam si quæ onera ipsi inhæreant jure hereditariæ portionis, ea sequuntur portionem legitimam, si quando obtineatur titulo institutionis; veluti cum filius ex ea, aut parte aliqua est institutus: quamvis secus sit, cum ea obvenit ut pars bonorum; ut, si relicta sit filio exheredato, aut instituto ex re certa, alio ei coherede dato sine parte: ut optime D. Vinnius *lib. 1. Select. jur. quest. c. 22.* Ne hoc quidem præteribo, quod Imp. Justinianus, cum pleraque hæc in *l. 36. C. h. t.* confirmasset, præterea jubet, repletionem fieri ex ipsa substantia patris, non si quid ex aliis causis filius lucratus est, vel ex substitutione, vel ex jure accrescendi. ut puta ususfructus.

Hæc ille in liberis. nam hos nominatim indigitat *d. l. 36. in pr.* quin addit, se illis id indulgere, suadente humanitate: Verba Justiniani. *Humanitatis etenim gratia sancimus, ea quidem omnia quasi jure adventitio (eum) lucrari: repletionem autem ex rebus substantia patris fieri.* Aliud igitur hic in liberis placuit jure singulari: aliud in parentibus, itemque fratribus & sororibus, jure communi: quo in quartam imputantur omnia ex iudicio testatoris obvenientia, sive jure hereditario, sive jure legati, sive aliter *l. 8. C. h. t.*

Non igitur vult Justinianus, testamentum ab exheredato rescindi per querelam, cum ei minus legitima portio est relictum; sed agi ad supplementum ejus, quod legitimæ portioni deest. utique, si is post mortem patris non agnovit sibi relictum. imo & si acceperit, forte & securitatem heredibus fecerit, quod ei datum vel relictum est, accepisse. adhuc enim finit Justinianus, eum petere, legitimam portionem repleri: nisi specialiter sive in apocha, sive in transactione; id est, in instrumentato transactionis scripserit, vel pactus fuerit, quod contentus relicta vel data parte, de eo quod deest, nullam habeat quæstionem: tunc enim jubet, omni exclusa querela, eum compelli, paternum amplecti iudicium.

Sed apparet, oportere filium, ut querela cesset, habere legitimam portionem; eamque esse quartam portionis ab intestato debitæ. Verum hanc auxit Imp. Justinianus pro numero liberorum *Novell. 18. c. 1.* ita ut si sint quatuor aut pauciores, iis pro quarta debeat triens: si quinque vel plures sint, pro quarta iis debeat semis. Sic quidem in Inscriptione *d. Capitis*: sed in fine ejus additur: *Hæc observando in omnibus personis, in quibus ab initio antiqua quarta ratio de inofficioso lege decreta est.*

Puto autem, hac adjectione effici: ut hoc augmentum non modo liberis prosit; sed parentibus quoque; nec minus fratribus & sororibus. nam in his omnibus habitam fuisse antiquæ quartæ rationem, intelligitur ex fine Præfationis *Novell. 1. §. 2.* Atqui in Inscriptione ejus *Capitis* tantum fit men-

tio liberorum, nulla parentum, nulla fratrum aut sororum. Sed mihi sufficit, ad eos spectare ejus finem, & simile quid a Justiniano observatur *§. ult. l. 35. C. h. t.*

Quarta causa inhibendæ querelæ est, si ea non sit actum intra spatium quinquennii *l. 8. §. ult. h. t.* Olim fuit biennium: quo elapso usucapta habebantur omnia. Testis Plinius *lib. 5. Epist. 1.* sequentibus verbis. *Scis, te non subscripsisse mecum, & jam biennium transisse, omniaque me suscepisse.* Sed obtinuit jure Pandectarum & deinceps, querelæ quinquennio demum præscribi *d. l. 8. §. ult. l. 2. C. In quib. caus. in integr. restitutio.* De eo dubitatum fuit inter Ulpianum & Modestinum, a quo tempore quinquennium incipere oporteret. illi placuit, currere a tempore aditæ hereditatis: huic a tempore mortis. Modestini sententiam secutus est Vetus Interpretes in *l. 3. Cod. Theod. h. t.* sed Justinianus *l. 36. §. 2. C. d. t.* dedit secundum Ulpianum: puto, quod ante aditam hereditatem non est querela: non valenti autem agere nulla currit præscriptio *l. 1. C. de annal. except.* sic jam ante Valerianus & Gallienus *l. 16. C. h. t.* Quid ergo, si heres scriptus trahendo aditionem efficiat, ne exheredatus possit querelam intra quinquennium instituere? Et huic frustrationi ut occurrat *d. §. 2. l. 36.* Justinianus heredi scripto, si in eadem sit provincia, concedit sex menses; si in alia sit, annum continuum, intra hoc spatium permittit ei, deliberare; utrum malit, hereditatem adire, an repudiare. exacto hoc spatio, vult eum compelli per officium Judicis, aut hereditatem repudiare, aut iudicium subire, perinde quasi hereditatem adiisset. quod si in medio tempore decesserit filius; ait, eum hujusmodi querelam, licet non præparatam, ad suam posteritatem transmissurum: ad extraneos vero heredes tunc tantummodo, quando antiquis libris insertam faciet præparationem. Plane Ulpianus *l. 8. §. ult. h. t.* inofficiosum etiam post quinquennium dici posse, existimat; quamquæ non indistincte; sed magna ex causa, puta per in integrum restitutionem: addit, non esse tum revocandas libertates, quæ competierint, vel præstitæ sint: sed a singulis præstandos victori esse viginti aureos. Nescio, an Modestinus *l. 9.* significet, fuisse, qui negarent, si quis egerit intra quinquennium, tum libertates competere. ipse certe subjicit, quod Paulus ait, præstaturum fideicommissas libertates, scilicet viginti aureis & in hoc casu a singulis præstandis. Imp. quoque Valerianus & Gallienus *l. 2. C. In quib. caus. in integr. restit. necess. non est,* sic scribunt. *Adolescentia tempus non imputari in id quinquennium liberis, cujus præscriptio seram inofficiosi quæstionem moventibus opponi solet, manifeste ante descripsimus.*

Sic jus fuit in querela inofficiosi. at de actione, quæ jure novo competit ad supplementum ejus quod legitimæ portioni deest, aliter dicendum esse, fere omnes consentiunt: arbitrati, huic præscribi demum spatio triginta annorum. Sed hæc sententia mihi non placet: ne video quidem rationem, cur oporteat in hac actione amplius esse spatium, quam in querela inofficiosi. Non me fugit, pro ea adferri, hanc actionem esse conditionem ex lege, eoque in personam: cum querela sit in rem actio, & omnibus actionibus in personam dicatur præscribi spatio triginta annorum *l. 1. §. 1. C. de annali exceptione.* Verum de actionibus in rem idem constitutum in *l. 3. C. de præscriptione triginta vel quadraginta annorum.* præterea quis ignorat, generi per speciem derogari?

rogari: & cum dicitur omnibus in rem & in personam actionibus præscribi longissimo tempore triginta annorum, id procedere: nisi si quæ præscriptionem acceperint breviorē: *d. l. 3. in fin.* In his est, verbi gratia, actio de dolo malo: cui præscribitur spatium biennii *l. ult. C. de dolo malo.* itemque actio injuriarum: anno finiri, solita *l. 5. C. de injuriis.* quin ipsa querela inofficiosi testamenti, non triginta annis, sed quinquennio circumscribitur. idem putemus de actione ad supplementum legitimæ competente: quæ querelæ surrogata, procul dubio ejus sapit naturam: sicut de actione furti manifesti dictum *pr. Inst. de perpet. & temp. act.* mittō argumenta: certo jure ex Constitutione Justiniani in *l. 34. C. h. t.* in fine: ubi sequentia extant verba. *Et si non heres apertissimis probationibus ostenderit ingratum patrem nepotis circa testatorem fuisse; testamento remoto, ab intestato eum vocari, nisi certa quantitas patri ejus minor parte legitima relicta est: tunc etenim secundum novellam nostri numinis Constitutionem, repletio quarta partis nepoti superest, si qua patri ejus competebat, ut perfruatur nostro beneficio a vetustate quidem neglectus, a nostro autem vigore recreatus, nisi pater adhuc superstes vel repudiavit querelam, vel quinquennio tacuit, scilicet post aditam hereditatem.* Sic Justinianus. nec velim quem confundi verbo, *querela*, quo utitur Imperator: cum eo verbo vel actio ad supplementum, nisi cavillamur, manifeste significetur; sicut in *l. 35. §. 2.* mox sequente.

Fere oblitus eram, quod querela, exemplo actionis injuriarum, etiam exheredati morte finitur; si decesserit, querela ante non præparata; imò præparata, modo mutata deinde voluntate decedat. nam tum non dari de inofficioso querelam, auctor est Papinianus *l. 15. §. 1. b. t.* causatus, non sufficere, litem instituere, si non in ea perseverat. quomodo autem præparetur querela, satis apparet ex *l. 6. §. 2. & l. 7. b. t.* Justinianus tamen in exheredati filio quid singulare constituit *l. 34. C. h. t.* nam voluit, huic querelam etiam competere, etsi a patre non sit præparata.

Præterea ait Ulpianus *l. 8. §. 5. b. t.* querelam etiam in pupillari substitutione cessare, pone: pater filio impuberi pupillariter substituit, præterita ejus matre & fratre suo. Ulpianus, mater, inquit, non dicet inofficiosum: quia pater ei fecit: id est, quia non pupillus ipse fecit, sed ejus pater. certe patris judicio est facta pupillaris substitutio. ita est patris, non filii, testamentum: & potest quidem mater queri de judicio filii, sed uxor non potest queri de judicio mariti. An tamen inofficiosum dicet patris frater? Et hoc negat Ulpianus: nimirum, quia non est patris, sed filii, testamentum, & quamquam fratri fas sit queri de inofficioso fratris testamento, non tamen patruo competit querela adversus testamentum filii fratris. De fratre impuberis quid dicemus? singe, esse a patre exheredatum tam in primis, quam in secundis, tabulis. fuerit ratio dubitandi: quod impuberis frater potest de utroque queri, id est, tam de patre, quam de fratre, ab utroque exheredatus. Negat tamen Ulpianus *d. §. 5. l. 2.* vel eum dicturum inofficiosum; si patris non dixit. videlicet, quia fratri non est jus queri de fratris impuberis testamento, etsi possit queri de testamento fratris puberis: nam ut fingatur esse impuberis testamentum, tamen profectum est a judicio patris; atque ut possit eum insanix accusare ab eo exheredatus: non ob id poterit insanum dicere fratrem, qui per se non est testatus. Rursus non pro-

dest ei ad querelam, quod filius potest queri de injuria patris: quia ut dixi, pupillari substitutione non putatur esse patris, sed fratris, testamentum? Quid tandem? licet ei, inofficiosum dicere patris testamentum, quo temere sit exheredatus: ac, si in eo obtentum est; ne pupillare quidem valebit *d. l. 8. §. 5.* scilicet, quia hoc est pars & sequela paterni testamenti *§. 5. Inst. de pupill. subst.* Nisi si pro parte rescissum est: tum enim adhuc valere pupillare, Ulpianus ait *d. §. 5. l. 8.* opinor, quia verum est, subsistere quod pro parte subsistit, etsi non in totum.

Postremo cessat querela in testamento militis: siue sit paterfamilias, siue filiusfamilias, siue id fecerit jure militari, siue jure communi *l. 9. l. 24. C. h. t.* in tantum vero id placet: ut Ulpianus *l. 27. §. 2. b. t.* scribat, de inofficioso testamento militis dicere nec militem posse: id est, non magis militem, quam paganum. Valet autem hoc privilegium, quamdiu est miles: imo etiam post missionem intra annum *l. 8. §. 4. b. t.* Inde Papinianus apud Ulpianum *d. l. 8. §. 3.* scribit, contra veterani patrisfamilias testamentum quod fecit jure communi, esse inofficiosi querelam, etsi ea bona habuit, quæ in castris quæsierat. Prudenter ponit veteranum patremfamilias: nam hujus non peculium, sed bona, dicimus: ut bene Græci *lib. 39. Basilic. tit. 1. p. 235. tom. 5.* quod si filiusfamilias veteranus sit de castrensi peculio testatus, quamquam jure communi, adversus id cessare querelam, certus auctor est Justinianus *l. ult. C. h. t.* idemque statuit ibi jam generaliter, cum olim non ita esset, in omni peculio quasi castrensi: donec filiusfamilias, cujus talia sint peculia, fiat paterfamilias: quia inde desinunt esse peculia. Video ambigi, an hæc mutata sint a Justiniano *Novell. 115. c. 4.* Mihi lubet, pedibus ire in sententiam Viglii, V. Cl. *ad pr. Inst. de milit. testam. n. 12.* existimantis, esse mutationem factam, si testamentum de peculio castrensi aut quasi castrensi sit communi jure factum: non si factum sit ex privilegio militari. Novella sane de privilegio non loquitur; tantum dicit, non licere liberis, parentes suos exheredare aut præterire in rebus propriis, in quibus habent testandi licentiam: eoque videtur velle, liberorum testamenta, cum de castrensi aut quasi castrensi peculio testantur, deinceps subjacere querelæ inofficiosi; & hætenus corrigi veteres leges, in quibus contrarium erat permixtum. De militaribus autem filiorum testamentis, quæ ex privilegio militari fiebant, verbum non addit. ad hæc igitur respicere Imperatorem, non est, ut putem. ad liberos autem emancipatos restringere ejus mentem, minus ausim.

Una restat dubitatio hic minime negligenda: an alicui concessa ab Imperatore libera testandi facultate, sub ea aut simili formula concessa intelligatur libera a querela inofficiosi testamenti, itemque a solemnibus alioquin jure civili necessariis? pone: Constantinus, approbata confirmataque pridem Christiana Ecclesia, ante habita Collegium illicitum ac supersticiosum, publice jubet in *l. 1. C. de sacrosanct. eccles.* (nam est lex ad Populum) unumquemque habere licentiam sanctissimo illi venerabilique Concilio decedentem bonorum quod optaverit, id est, ex bonis quidquid velit, sine exceptione relinquere; & non esse cassa judicia ejus. plus ait, nihil esse, quod magis hominibus debeat, quam ut supremæ voluntati, postquam jam aliud velle non possunt, liber sit stylus, & licitum quod iterum non redit arbitrium. Quid dicimus; Sanctissimo Catholico, Venerabilique Concilio, etsi

et si legibus jam probato & licito, tamen ne quæ superesset dubitatio, passivam concedi testamenti factionem: ipsam pleno honore; sed ordinariam, ac legitimam; non aliam. Sic puto. quo auctore? Justiniano: cujus in *l. 35. C. h. t.* hæc sunt verba: *Si quando talis concessio Imperialis processerit, per quam libera testamenti factio conceditur, nihil aliud videri Principem concedere, nisi ut habeat legitimam & consuetam testamenti factionem: neque enim credendum est, Romanum Principem, qui jurat tueri, hu-*

jusmodi verbo (id est, hujusmodi formula: ita obtinui *lib. 2. Observ. c. 9.*) totam observationem testamentorum multis vigilis excogitatum atque inventum velle everti. Tenes sensum *d. l. 1.* olim plerisque obscuræ & molestæ: sed sic evidentis industria præsertim Jacobi Gothofridi V. Cl. ad *l. 4. tit. 2. lib. 16. Cod. Theod.* unde descripta est *d. l. 1.* Aggressus hanc etiam suo modo est Guilielmus Fornerius *lib. 1. Select. c. 28.* sed omnibus præstat ille Gothofredi,

TITULUS III.

De hereditatis petitione.

EXplevi, ut spero, superiore Titulo expectationem nobilium juvenum, quibus sit studium, intelligere naturam petitionis hereditatis, delatæ ex causa de inofficioso. hoc experiar, quid valeam in petitione hereditatis, alia ex causa acquisitæ. Est vero vel hæc in rem actio; atque ad universitatem intendens; ideoque hereditatem vindicare dicitur *l. 8. b. t.* poniturque in ordine actionum in rem, & in Rubrica petitio appellatur proprio nomine actionum in rem. *l. 178. §. 2. D. de verb. signif.* Hac ratione propositum etiam, puto, à Præ-tore fuit Edictum in hæc verba: *Si quis hereditatem suam esse petet, ei adversus eum, qui hereditatem pro herede prove possessore possidebit, judicium dabo, ut restituatur.* Aliquis petat, addi sequentia verba: *Item, si quid in ea damni datum factumve erit, sive quid eo nomine aut aberit alicui, aut ad eum pervenerit, ut præstetur.* Nec inficior, tali adjectione fieri mixtam actionem, tam in personam, quam in rem: qualem esse petitionem hereditatis, in sequentibus apparebit. Sed malui hanc omittere: arbitratus, petitionem hereditatis potestate hujus Edicti non fuisse actionem in personam, sed in rem: sicut etiam in ordine talium actionum hoc loco poni, modo monui: & est verius, demum mixtam esse factam auctoritate Jurisconsultorum, in Fori disputatione interpretantium Senatusconsultum, ab Ulpiano proditum in *l. 20. §. 6. d. t.*

Ut ut erit: explicitus hoc Edictum, primum quæram: quando competat hereditatis petitio: deinde cui: tum adversus quem; dehinc quid in eam veniat: postremo quod in ea sit Judicis officium. Primus locus erit, quando competat petitio hereditatis. huc vero ducunt prima Edicti verba, *Si quis hereditatem suam esse petet* desumpta illa ex Rubrica, item ex *l. 1. D. Si pars hered. petat. §. l. 10. §. 1. D. h. t.* Secundum hæc obtinet hereditatis petitio, non si hæc aut illa petatur res hereditaria; sed si hereditas petatur. Est autem hereditas, (auctore Gajo *l. 24. D. de verb. signif.* quam ad hoc Edictum spectare indicat Inscriptio, præferens Gaji *lib. 6. Ad Edictum provinciale: ex quo sunt l. 1. 3. 16. 17. §. 41. b. t.*) successio in universum jus, quod defunctus habuit. Esse vero id jus incorporale, ideoque tangi non posse, idem docet Gajus *l. 1. §. 1. D. de rer. divis.* nec ad rem pertinere, quod in ea res corporales continentur. imo Papinianus confirmat, hereditatem etiam sine ullo corpore habere juris intellectum *l. 50. D. h. t.* Africanus eam, inquit, demonstrare universitatem quamdam ac jus successionis, & non singulares res *l. 208. D. de verb. signif.* His consequenter ait Pomponius, eo verbo etiam damnosam hereditatem contineri; & causatur, quod est juris nomen *l. 119. D. d. t.* Ut vero successione in defuncti locum acquiritur; ita nil

mirum, successionem a Gajo dici in *d. l. 24.* & Juliano *l. 62. D. de reg. jur.* quæ est ex Juliani *lib. 6. Digestorum*, & similiter ad hujus Edicti intellectum pertinet; monstrante *l. 16. §. 2. §. l. 31.* aliisque hujus Tituli locis, cum Juliani librum citantibus. Aliquem moretur: quod succedere & successio proprie est heredis. at hereditas est jus successione acquisitum *l. 3. pr. §. 1. D. de bonar. possess.* Sed putemus, cum hereditas a Gajo & Juliano successio appellatur; non esse aliam loquendi formam, quam cum servitus a Florentino dicitur constitutio juris gentium *l. 4. §. 1. D. de stat. homin.* pro eo, quod est jure gentium constitutum. & thesaurus a Paulo definitur vetus quædam depositio pecuniæ *l. 31. §. 1. D. de adq. rer. domin.* pro pecunia antiquitus deposita. Exposui, quando competat hereditatis petitio.

Sequens tractatus erit, cui competat. Et huic serviunt Edicti verba: hereditatis petitionem ei, qui illam suam esse petet, promittentia: plane accommodata ad naturam actionis in rem, dominio aut jure in re, subnixæ. Quam autem hereditatem possumus nostram dicere, facile colligitur ex *l. 1. 2. 3. D. h. t.* Summa est, primum delatam esse oportere, & deinde quæsitam. Defertur autem vel ex testamento, vel ex lege ab intestato. Cum testamentum dico, intelligo jure factum a patrefamilias Lege Duodecim Tabularum, aut a milite sive patrefamilias sive filiofamilias ex Constitutionibus. Ab intestato defertur hereditas aut vetere jure aut novo. vetere ex Lege Duodecim Tabularum suis & agnatis & gentilibus proximis, item patronis & patronorum liberis novo ex Senatusconsultis, ut Orphiciano & Tertulliano. Sic delata hereditas acquiritur vel ipso jure vel facto. ipso jure acquiritur necessariis, item suis & necessariis: his quidem cum effectu immixtione hereditatis, jure Prætorio recepta. facto extraneis acquiritur aditione vel gestione pro herede. utroque modo vel per nos, vel per alios. per nos; si nostro nomine adeamus hereditatem, prove herede geramus. per alios, ut per liberos aut servos, quos in potestate habemus; si heredes instituti hereditatem adierint jussu nostro. sed & si successimus heredi alterius; ejus hereditas ad nos pertinet: certo, heredis appellationem ad heredis heredem & deinceps pertinere *l. 65. D. de verb. signif. §. l. ult. C. de heredib. instit.* Sed apparet, hereditatis petitionem dari ei, qui potest dicere, hereditatem suam esse, sive ex testamento, sive ex lege ab intestato: modo ille, qui est heres legitimus, ab herede scripto ex testamento non acceperit legatum, imo & si acceperit ignarus, ruptum aut irritum esse; deindeque intellecto errore, ab intestato petat heredi-

hereditatem; paratus, legatum reddere: ea lege, ut ei caveatur, si contra eum de hereditate iudicatum fuerit, reddi ei legatum *l. 43. D. h. t.* Eodem modo Paulus *l. 8.* negat legitimam hereditatem vindicare prohiberi eum, qui cum ignorabat vires testamenti, iudicium defuncti sequutus est: petita, sic opinor, à Prætorè in integrum restitutione.

Ordo, quem mihi proposui, postulat porro tradi, adversus quem danda sit hereditatis petitio. pollicetur autem hanc Prætor, *adversus eum, qui hereditatem possidet pro herede, prove possessore.* Sic concepimus Edictum; & juvat conjecturam cum definitio hinc profecta *l. 9. 10. 11. 12. § 13. D. h. t.* tum natura actionis in rem: quæ subnixæ jure in re, eam sequitur, in cujuscumque manum devenit: an etiam adversus alium? ne puta §. 1. *Inst. de action.* ut ut jactet, ac clamet, se heredem esse: Prætor non de nomine, sed de effectu, sollicito. Et ita est: Prætor non idcirco proposuit hereditatis petitionem; ut de solo heredis nomine inter se duo contenderent: sed ut hereditas, de qua illis lis esset, probanti suam esse iudicis officio a possessore restitueretur. Videndum igitur, quid sit, hereditatem possidere pro herede, prove possessore. Est autem possidere, rem tenere cum animo sibi habendi; sive sine, sive cum opinione, dominii: altero casu civilis, altero naturalis, possessio appellatur. quod si quis non habeat animum sibi habendi: sed detentione sua præbendi alterius possessioni ministerium: is dicitur quidem tenere, & in possessione esse; sed possidere non dicitur. In proposito tamen placuit, sub appellatione possessoris, etsi resistente subtilitate verbi, etiam detentorem contineri: quia æque ac possessor habet restituendæ rei facultatem. exemplum in *l. 36. D. h. t.* Illud videamus, quo sensu hereditas possideri dicatur: quippe res incorporalis, solo constans intellectu, ac natura tangi, teneri, aut possideri, inidonea. Ego vero cenſeo, hereditatem possideri; cum res hereditaria vel jus hereditarium possidetur pro herede, prove possessore. præit Ulpianus *l. 9. h. t.* opinor, ex Edicti sententia: etsi enim Prætor loquatur de hereditate, ipsaque distet a rebus hereditariis, tamen cum omnis ejus vis, honor, utilitasque, pendeat a rebus hereditariis, ipsaque adquiratur animo, qualiscumque res pro hereditaria attingatur, etiam ubi non est talis: cedo, an potest fieri, ut rem aut jus hereditarium pro herede prove possessore possidens, non videatur animo totam complecti hereditatem, natura sua individuum, nec pro parte adquiri aut retineri solitam. Jam vice versa, is qui hereditatem petit, suam actionem magis meretur ex jure suo, quam ex eo, quod possessor occupavit. nec minus totam vindicabit hereditatem; licet tu unam rem possideas, ut ut minimam *l. 10. D. h. t.* adeo nec mihi impero: ne in *l. 1. §. 1. D. Si pars hered. petat.* omni modo probem hanc Ulpiani illationem. Itaque qui ex asse heres est, intendit quidem hereditatem suam esse: sed hoc solum ei officio iudicis restituitur, quod adversarius possidet. videlicet, quia id ex hereditate restitui solum potest.

Adhuc quæris, quid in Edicto sit, hereditatem pro herede, prove possessore possidere? Vix opus adscribi, quod liquet ultro, hereditatem pro herede possidere, qui eam possidet tamquam heres: & pro possessore, qui eam possidet tamquam possessor. id enim denunciare voculam, *pro*, alibi ostendi. Inde apud Ulpianum *l. 11. D. h. t.* Pro herede possidere dicitur, non qui est heres, sed qui putat,

se heredem esse, cum non est, aut jure non habetur heres, nimirum, hereditatis petitio, quia heredi datur, non potest dari adversus heredem, tamquam heredem. Jam sicut pro herede possidere dicitur, qui putat se esse heredem, cum non sit: ita qui scit, se non esse heredem, & tamen per mendacium dicit, se esse, dicitur pro herede possidere *d. l. 11.* nulla hac in parte differentia, utrum bona, an mala, fide possideat. Pro possessore possidere dicitur prædo: qui interrogatus, cur possideat, responsurus sit, quia possideo; nec contendit, se heredem esse vel per mendacium; nec possit ullam causam dicere, & ideo & fur & raptor ex sententia Ulpiani petitione hereditatis tenentur *d. l. 11. §. 1. § l. 12. § 13.* Addit Ulpianus §. 1. *d. l. 13.* omnibus etiam Titulis hunc pro possessore hære, & quasi injectum esse. Vere: si de vitiosis Titulis exaudiatur: quorum etiam in *d. §. 1.* complura adfert exempla. sed ero hoc uno contentus: Si quis dicat, se pro emptore possidere, quod à furioso emit sciens, quid enim interest, utrum nullum alleget titulum, an talem, qui pro nullo habeatur ipso jure? sed manifesto, nullam esse furiosi venditionem, idem est, possessore hanc allegante, ac si dicat: Scio, furiosum, a quo emi, non habere vendendi facultatem, eoq; me nullo jure possidere: interim volo, id possidere ideo, quia volo possidere.

Hoc: si titulus sit injustus. quid si justus sit? jam cessat hereditatis petitio *l. 11. C. h. t. l. 4. In quib. caus. cess. long. temp. præscript.* eo quod singularem allegans titulum, ipsum justum, cum herede non de hereditate contendit titulo pro herede aut pro possessore, quo uno casu locus est petitioni hereditatis: sed ei movere litem de dominio ex causa emptionis adquisito; ideoque rei vindicatione conveniendus. nam ut non sit dominus, tamen non est deteriore conditione, quam heres: qui eo quod hereditatem suam esse dicit, non idcirco obtinet, se esse dominum singularum rerum hereditatis. in pari autem causa potior est conditio possidentis, quam ejus, qui non possidet. Sed profecto interest inter rei vindicationem & hereditatis petitionem. illa obtinet, quocumque titulo res possideatur. ista solum valet adversus eum, qui pro herede aut pro possessore, id est, sine causa, possidet. nec fuerit iniquum, heredem verum præferri falso, quamvis dicenti, se pro herede aut pro possessore possidere. proinde putarunt quidem Veteres, in rei vindicatione, ubi non interest petitoris, qua ex causa possideatur, incivile esse, possessorem cogi, dicere titulum suæ possessionis; sed in petitione hereditatis non esse ita: nam in ea interesse petitoris, ne frustra experiatur, ante ex reo intelligere, utrum pro herede, an pro possessore, aliterve possideat *l. 11. C. h. t.*

Satis, ut opinor, est demonstratum, hereditatis petitionem a Prætorè promitti adversus eum, qui hereditatem pro herede, prove possessore possidet. Porro oblivisci non debui, etiam esse, qui ut proprie non possideant pro herede, prove possessore; illis tamen non absimiles habentur. qua ratione cessat quidem adversus eos ex Edicti verbis directa hereditatis petitio: sed ex ejus mente & sententia datur utilis. sit ex *l. 11. D. h. t.* exemplum in bonorum possessore. is jure civili non est heres, sed jure Prætorio instar heredis habetur. Aliud exemplum in *l. 13. §. 6.* in fideicommissario: nam nec ille est jure civili heres, etsi restituta ex fideicommissio hereditate, propter auctoritatem Senatusconsulti Trebelliani, a Prætorè heredis loco habetur

betur. Præter hæc occurrit in *l. 46. h. t.* ex Modestino exemplum in eo, cui tamquam indigno hereditas a fisco aufertur. Verba sunt; *Prædonis loco intelligendus est is, qui tacitam fidem interposuerit, ut non capienti restitueret hereditatem.* Erat quidem hic verus heres *l. 43. §. 3. D. de vulg. & pupil. substit.* sed adversus fisco, ei hereditatem tamquam indigno auferentem, non habetur heres; etsi alias heres esse non desinat. Intelligitur ergo, ut Modestinus ait, in hac actione prædo: si sciat, agente fisco. De emptore hereditatis quæritur in *d. l. 13. §. 4. & seqq. D. & l. 2. C. h. t.* multisque quæstionem examinant Faber in *Rationalib.* Cujacius *lib. 9. Obsev. c. 25.* alii. sed tu adde sis Wissenbach *ad lib. 5. Pand. Disp. 17. th. 17.*

Multa dixi, restant aliqua: nam ut maxime Prætor petitionem hæreditatis adversus possessorem promiserit; tamen monet Ulpianus *l. 13. §. 13. D. h. t.* hereditatem interdum peti quoque ab eo, qui nihil possidet. pone: aliquis, cum nihil possideret, se obtulit petitioni: ait Ulpianus, sic Celsus scribere *lib. 4. Digestorum*; & præfari, quod dolo facit, qui se petitioni offert: eamque sententiam a Marcello generaliter probari apud Julianum: putare enim, omnem se petitioni offerentem, quasi possidentem, teneri. Cæterum hoc ipse temperat Celsus *l. 45. d. t.* quam ex ejus libro 4. Digestorum esse, ex Inscriptione intelligitur. Verba Celsi: *Qui se liti obtulit, cum rem non possideret, condemnatur: nisi si evidentissimis probationibus possit ostendere, actorem ab initio litis scire, eum non possidere: quippe isto modo non est deceptus. & qui se hereditatis petitioni obtulit, ex doli clausula tenetur: æstimari scilicet oportebit, quanti ejus interfuit, non decipi.*

Superiori casui Ulpianus *d. l. 13. §. 14.* addit sequentem: si quis fecerit dolo malo, quo minus possideret. sed is interpretatione Senatusconsulti (quod est in *l. 20. §. 6. h. t.*) pro possessore habetur; cum ante non esset ita: sicut nec in rei singularis vindicatione; ad quam ea interpretatio ex hoc Senatusconsulto quoque venit: teste Paulo *l. 27. §. 3. D. de rei vindic.* Postquam tamen hoc obtinuit in petitione hæreditatis; apparet, jam duos ea teneri actione: unum qui possidet: alterum, qui dolo malo desit possidere: ac si per plures ambulaverit possessio, omnes teneri *l. 25. §. 8. D. h. t.* possessorem quidem ad restitutionem, alterum vero ad æstimationem, inde quæri, Ulpianus ait *d. l. 13. §. 14.* quid sit: si alius nactus possessionem, quam ego dolo malo amiserim, paratus sit judicium pati. Marcel- lum enim tractare, ne forte adversus possessorem, qui desit possidere, evanescat litis æstimatio. sed putare, magis evanescere: nisi paciscentis intersit. certe, si paratus sit rem restituere, indubitatum esse, evanescere: postremo addit Ulpianus, quod is, qui dolo desit possidere, si ante conveniatur, non liberabit eum, qui possidet. Sic ille. summa est, interesse, uter prius conveniatur petitione hereditatis: nam petitorum prius agentem cum eo, qui dolo desit possidere, deinde adhuc posse cum possessore experiri: sed vice versa, nisi ejus intersit, non posse. & est ratio hujus discriminis: quia id, in quod condemnatur is, qui dolo malo desit possidere, magis est pœna doli, quam æstimatio rei petite: eoque superest petitori actio, qua rem persequatur. at damnato eo, qui rem possidet, restituitur actori aut res aut litis æstimatio, ideoque evanescit actio; nec est æquum, eum, qui aut rem aut ejus æstimationem accepit, id est, ad suum per venit, adhuc suum petere. recte igitur liberatur is, qui dolo malo

possidere desit. ita clare Papinianus *l. 95. §. 9. D. de solutionibus.*

Reliquum est, ut de officio Judicis disputemus. cum vero Prætor affirmanti hereditatem suam esse ejus petitionem promiserit adversus eum, qui eam pro herede vel pro possessore possidet: consequens est naturæ actionis in rem, ad duo recidere Judicis officium. primum, ut cognoscat, an petitor probaverit, hereditatem suam esse: deinde, an reus rem aliquam hereditariam, vel jus aliquod hereditarium, pro herede vel pro possessore possideat, ac si utrumque sibi liquere opinetur: declaret, hereditatem petitoris videri; & jubeat, quod ex ea apud possessorem sit, ab eo petitori restitui. Hoc quidem ex Edicto: ex quo hereditatis petitio est, ut dixi, in rem actio. sed opportune monet Ulpianus *l. 25. §. 18. D. h. t.* *Petitionem hereditatis, etsi in rem actio sit, habere tamen præstationes quasdam personales: ut puta, eorum quæ a debitoribus sunt exactæ; item prætorum.* Ea observatio huc redit: quod hereditatis petitio, ejus naturam ad Edictum exigentibus, mera est in rem actio, ideoque constat dumtaxat rebus hereditariis: sed obtinuit, eam etiam in personam esse. ita factum, ut non tantum rebus, sed etiam præstationibus personalibus, censeretur. Hæc vero forma ei non obvenit Prætoris Edicto, sed a Prudentibus Fori disputatione accommodata est ex mente Senatusconsulti, ab Ulpiano proditi *l. 20. §. 6. D. h. t.* Non opus verbis: quod dixi, liquet manifeste cum ex *d. l. 20. §. 6.* tum ex *l. 27. §. 3. D. de rei vindic.* quid si ab eadem causa fuit a Veteribus dubitatum: an hereditatis petitionem, ex quo tempore etiam in personam actio haberi cœpit, pro bonæ fidei actione accipi oporteret: idque magis placuit. Imp. certe Justinianus sic decrevit *§. 28. Inst. de actionibus, & l. ult. §. ult. C. h. t.*

Sed quid est? postquam invaluit Fori disputatione, petitionem hereditatis esse actionem mixtam tam in rem, quam in personam, non abs re erit, ut in illa integrum intelligatur Judicis officium, cum de rebus hereditariis, tum de præstationibus personalibus, paulo diligentius tractare ex recepta in persona & petitoris & possessoris natura actionis bonæ fidei.

Prorsus sic agam. Ait igitur Ulpianus *l. 18. §. ult. D. h. t.* placuisse, in hoc judicium venire universas res hereditarias, sive jura, sive corpora sint. primum attingit corpora hereditaria. Paulus *l. 19.* plus addit, & non hereditaria: quorum tamen periculum ad heredem pertinet. Lubet de utrisque differere. initio facto ab hereditariis: quia continentur appellatione petite hereditatis. talia sunt, quæ in defuncti bonis fuere: ut si fuerit eorum, cum viveret, dominus; etsi aliis jam ab eo sint pignori obligata *l. 54. §. 1. D. h. t.* non mutato hoc modo dominio. Idem dicendum de his, quæ non quidem in dominio, sed in jure, fuere: nam & illa in bonis sunt *l. 49. D. de verb. signif. fac,* bona fide esse possessa ex causa justa: cum enim ex ea detur actio Publiciana, Modestino etiam in bonis videntur, *l. 52. D. de adquir. rer. domin.* ideoque Paulo *d. l. 19.* recte hereditaria dicuntur. In eodem numero idem Paulus *d. l.* ponit res defuncto obligatas pignori: cum earum nomine competat hypothecaria in rem actio. Sed Modestinus *d. l. 52.* ait; in bonis præterea esse, in quibus possessor habet retentionem: petitionem non habet. exemplum in *d. l. 19. §. 2.* si defunctus, cum rem sine causa possideret, conditione delata, juraverit, rem non esse petitoris. accepit

accepit enim non actionem, sed exceptionem: quia jurans, rem non esse petitoris, non utique juravit, rem suam esse. habuit igitur defunctus ex jurejurando retentionem, actionem non habuit: & in hoc defuncti jus successit heres: nec fuerit absurdum, tales res hactenus fieri hereditarias; ut heredi liceat, eas hereditatis petitione persequi adversus eum qui eas non aliter, quam pro herede aut pro possessore, id est, nullo jure, possidet. Præter hereditaria corpora dixit Paulus *d. l. 19.* in hereditatis petitionem etiam venire non hereditaria: & talia esse, quorum periculum ad heredem pertinet: ac ne quæstioni essent exempla; nominat res pignori datas defuncto, item commodatas, depositasve. quamquam distinctius agentibus, potest esse differentia. nam commodatæ quidem & depositæ res defuncti numquam fuerunt; ideoque proprie non sunt hereditariæ *l. 5. §. 10. D. Ut in pessel. legat.* rei vero pignori datæ jam defuncto fuit petitio; quid ni igitur proprie hereditaria sit, & hereditatis petitione contineatur? sicut illæ quarum Publiciana competit, sed licet earum quæ commodatæ vel depositæ sunt, nulla facile sit actio, quia tamen earum periculum ad nos pertinet: æquum adhuc est, eas restitui *d. l. 19.*

Veniunt igitur in hereditatis petitionem quæ fuerunt mortis tempore. at non sola, verum augmenta quoque, si quæ postea hereditati accesserunt. sic Ulpianus *l. 20. §. 3. h. t.* caularius, hereditatem, ut est universitas, & augmentum recipere & diminutionem. addit *l. 16. §. 1.* etiam admittere surrogationem pretii in locum rei, & vice versaret in locum pretii *l. 18. D. Quod met. caus.* Et ita est; is qui pretia rerum hereditariarum possidet, petitione hereditatis tenetur. Et est ratio quam ex Oratione D. Hadriani suppeditat Paulus *l. 22. D. h. t.* quod potest existimari, pretium successisse in locum hereditariæ rei venditæ, & quodammodo ipsum hereditarium factum videri, Ulpianus *d. l. 16. §. 1.* pretio rerum venditarum comparat pecuniam a debitore hereditario exactam; & addit *§. 2.* Julianum inde interpretatum, etiam ab eo qui hereditatem petit, & litis æstimationem consecutus est, hereditatem peti posse: quippe cum vel illa res habere speciem venditionis reputetur *l. 7. §. 1. D. de Public. in rem act. l. 3. D. Pro empt.*

Superioribus accenset Ulpianus *l. 20. d. t.* res hereditatis causa comparatas: confessus, eas tamquam hereditarias, in hanc actionem venire: nec referre, utrum sint comparatæ ex hereditaria, an alia, pecunia: modo sint hereditatis causa comparatæ: id est, hoc animo, ut quod hereditati emit possessor, hereditati adquirat. hunc vero in finem esse duo necessaria: unum, ut possessor emat in usum hereditatis; alterum, ut hereditatis intersit emi *l. 20. pr. §. 1. d. t.*

Similis observatio est circa fructus ex rebus hereditariis perceptos, sive ante, sive post, aditam hereditatem: utrique enim augent hereditatem *l. 20. §. 3. h. t.* Fructus autem censentur rei obventiones redditusque omnes, sive sponte nati beneficio naturæ, sive hominis industria producti. Res certa in fructibus arborum fundorumque, & in fœtu pecorum. *d. l. 20. §. 3. §. l. 25. §. ult. h. t.* an etiam in partu ancillæ? quid ni? nam & hic quamvis proprie non sit fructus: in hac actione a fructu non separatur: quippe hereditatem augens non minus, quam fœtus pecorum, & e re æque nascens *l. 27. D. h. t.* Idem dicam de usuris; postquam

placuit, eas habere vicem fructuum; nec minus in pensionibus locatorum prædiorum urbanorum; licet a lupanario perceptis: nam & in multorum honestorum virorum prædiis lupanaria exercentur. ex eodem genere sunt mercedes a colonis acceptæ. nam vel illæ sunt fructuum loco. operæ quoque servorum in eadem sunt causa qua pensiones. item vecturæ navium, & jumentorum. omnia hæc, si testimonium petas, sic conjunctim tradita ab Ulpiano *d. l. 25. §. ult. l. 27. l. 29. D. h. t. §. l. 34. D. de usuris.* monstrante omnium Inscriptione ex lib. 15. Ulpiani Ad Edictum. Nec filebo quidem, quod in *l. 28.* ex Paulo interjicitur, (facit enim ad clariorem intellectum) post Senatusconsultum de petitione hereditatis factum, esse tam bonæ fidei possessori, quam prædoni, auferendum lucrum omne: usque adeo, ut Hermogenianus *l. 52. h. t.* scribat; possessorem, si ex hereditate inhonestos habuerit quæstus, etiam cogi, eos restituere: ne honesta interpretatio non honesto quæstui lucrum possessori faciat.

A corporibus hereditariis transeo ad jura hereditaria: nam vel illa in hanc actionem venire, Ulpianus auctor est *l. 18. §. ult. h. t.* talia autem sunt debita hereditaria, actionesque defuncto ad ea consequenda comparatæ: hereditatis enim esse, eoque heredis adita hereditate fieri, quis dubitet? cum hereditas sit successio in universum jus defuncti, atque ipsa possit a debitore hereditario, quasi a juris possessore peti *l. 13. §. ult. l. 42. D. h. t.* maxime, si a defuncto cœpit: imo & si postea hereditati sit adq̄situm: ut ex contractu, vel quasi ex contractu, item ex delicto vel quasi ex delicto fieri potest *l. 14. §. 15. h. t.* tam enim hæc, quam illa, actio ad debiti persecutionem pertinens, hereditaria est. Atque his si constet, ut oportet, auctoritas: valde probandum hoc Ulpiani *l. 20. §. 4. D. h. t.* dicentis, omnes hereditarias actiones in hereditatis petitionem venire. Utrum cum sua natura, an contra? pone: actio inficiatione crescit, ut sit in lege Aquilia: utrum cum suo venit incremento, an in simplum? Hoc mavult Ulpianus: sine dubio quod petitio hereditatis originem non a delicto ducit, exemplo actionis legis Aquiliæ, ex debitoris inficiatione crescentis: sed est actio in rem, heredi competens adversus possessorem debiti, tamquam juris hereditarii; ut quantum ex hoc apud eum est, tantum heredi restitatur. Ab eodem fonte scribit Ulpianus *l. 16. D. h. t.* obscurius quidem: sed in hunc sensum: Quod si in diem debitor idcirco conventus petitione hereditatis, quia se heredem esse dicit, etsi ante, quam dies veniat, non possit speciali actione ex obligatione conveniri: tamen hereditatis petitione recte convenitur: sed non tamquam debitor, verum tamquam possessor debiti hereditarii cujus dies jam cessit, licet nondum venerit. quo effectu? nempe, ut debitor, die veniente ante rem judicatam, tamquam possessor juris hereditarii, teneatur petitori restituere debitum cujus jam venit dies: quia hoc ex hereditate apud eum est. ac si dies ante rem judicatam non venit: heredi teneatur cavere se, ubi dies venerit, restitutum debitum. atqui heredi sic a debitore non restituitur possessio debiti seu juris. sed temperamento intelligitur restitui; eo quod heres, die veniente, sic sit de debito & jure suo non minus certus, quam si ejus possessio ei naturaliter restituta esset. Hoc, si debitor sit in diem. idem est, si debeat sub conditione, & hac actione conveniatur tamquam possessor.

Nescio, an sim inventurus fidem; addens, etiam actionem quæ numquam hereditaria fuit, hac actione peti, tamquam hereditariam. & tamen est ita, quoties actio possessori pro herede, prove possessore ex re hereditaria obvenit, extant complura exempla in *l. 16, §. 4. 5. 7. D. h. t.* sed utar uno. Ecce, possessor vendidit rem hereditariam. is inde habet actionem venditi adversus emptorem ad pretium nondum solutum. ea actio numquam fuit defuncti, nec magis hereditatis: nata videlicet ex contractu possessoris, etsi de re hereditaria, non igitur est hereditatis, sed possessoris jure venditionis. Ait tamen Ulpianus *d. §. 5.* hunc teneri petitione hereditatis. ad quid? ut actionibus cedat. optime: nam cum rem hereditariam vendidit tamquam heres: quid uī eam actionem, velut jus ex re hereditaria quæsitum, pro herede vel pro possessore possidere eo existimetur: quod eam adversus emptorem non alia habet ratione, quam ad consequendum rei hereditariæ pretium? tenetur igitur petitione hereditatis: non ut restituat rem forte a se numquam possessam, aut pretium nondum acceptum; sed ut heredi cedat actionem quam contra emptorem habet.

De servitutibus (prædiorum scilicet, nam has proprie servitutes appellari, alibi ostensurus ero) licet & ipsæ sint jura hereditaria, sufficit hoc Pauli in *l. 19, §. 3. D. h. t. Servitutes in restitutionem hereditatis non venire, ego didici: cum nihil eo nomine possit restitui sicut est in corporibus & fructibus. Sed si non patitur ire & agere, propria actione convenietur.*

Quod hætenus dixi, est certi juris in rebus tempore litis contestatæ a possessore possessis: quia petita hereditate in iudicium deductæ, ad Judicis officium pertinent. Aliqua poterat esse dubitatio de his quas possessor post demum cœpit possidere: eo quod non videntur in iudicium venisse tempore litis contestatæ nondum possessæ: nec potest Judex officio suo jubere, restitui res extra ejus potestatem constitutas *l. 18. D. Communi dividundo, & l. 23. D. de iudicis.* Aut tamen fallit me animus meus, aut in hoc consensu iverunt Veteres. sane si quis tempore petitiæ ab eo hereditatis neque rei, neque juris, erat possessor, & postea sit adeptus aliquid; ait Ulpianus *l. 18, §. 1. D. h. t.* adhuc condemnari eum oportere. nec aliter Paulus *l. 4. d. t.* imo is tamquam in re certa, *Si*, inquit, hereditatem petam ab eo qui unam possidebat rem, qua de sola erat controversia, eum restitutum etiam id quod postea cœpit possidere. Idemque Gajus probat *l. 41. D. eod. tit.* Rem, inquit, video. rationem nondum. Mihi vero succurrit: quod hac actione agens, non rem hanc aut illam ex hereditate petit, sed hereditatem. ne possessor quidem, licet unam rem hereditariam possideat, ei de una movet controversiam; sed de hereditate. proinde ut tota hereditas, ex utriusque conventionem in iudicium deducitur; ita in iudicium veniunt omnes res hereditariæ *l. 7, §. 4. D. de exceptione rei iudicatae.* ne habeo causam, ne dicam, omnes ad officium Judicis pertinere; etsi omnes a possessore, tempore litis contestatæ, non possiderentur: quia sufficit, vel rum hereditatis fuisse, & de ejus jure litem inter petitem & possessorem esse contestatum; idque petitori deinde a Judice adjudicatum esse.

Multa dixi de officio Judicis, in petitione hereditatis circa res hereditarias occupati pro natura actionis in rem: & quod erat consequens actioni mixtæ personali, etiam aliqua dedi exempla præ-

stationum personalium. sed plura superant circa distractas res hereditarias, item dolum præteritum, & fructus; iisque est data Senatusconsulto forma. optimum ergo erit, ipsius Senatusconsulti interpretationem facere, verbis ejus relatis. sunt autem ex Ulpiano *l. 20, §. 6. h. t.* talia. *Pridie Idus Martias Quintus Julius Balbus, & Publius Juventius Celsus, Titus Anfidius, Oenus Severianus Consules verba fecerunt de his qua Imperator Caesar, Trajani Parthici filius, Divi Nervæ Nepos, Hadrianus Augustus (Imperator) Maximusque Princeps proposuit quinto Nonas Martias, quæ proxima fuerunt, libello complexus (esset) quid fieri placeat. de qua re ita censuerunt: cum antequam partes caduca, ex bonis Rustici, fisco peterentur, hi qui se heredes esse existimant, hereditatem distraxerint, placere, redactæ ex pretio rerum venditarum pecunia usuras non esse exigendas. Idemque in similibus causis servandum.* † Item placere, a quibus hereditas petita fuisset, si adversus eos judicatum esset, pretia quæ ad eos rerum ex hereditate venditarum pervenissent, etsi ea ante petitam hereditatem deperissent, deminutæve fuissent, restituere debere. † Item eos, qui bona invassissent, cum scirent ad se non pertinere, etiamsi antelitem contestatam fecerint, quo minus possiderent, perinde condemnandos, quasi possiderent. eos autem qui justas causas habuissent, quare bona ad se pertinere existimassent, usque eo duntaxat, quo locupletiores ex ea re facti essent. † Petitam autem fisco hereditatem ex eo tempore existimandum esse, quo primum scierit quisque eam a se peti, id est, cum primum denunciatum esset ei, aut literis vel edicto evocatus esset, censuerunt. Ne mirere, in limine Senatusconsulti occurrere quatuor Consules, duo sunt ordinarii, duo suffecti. illi consulatum iniere Kalendis Januariis, hi deinde: more illorum temporum, quem dudum notavit Vir Doctissimus, Andreas Alcinius *lib. 5. Parerg. c. 10.* Exemplo Ulpiani aptanda nobis nunc est singulis verbis Senatusconsulti congruens interpretatio. Tantum præmittam ex primo versu, causam Senatusconsulto venisse ab hoc speciali facto. Defuncto quodam Rustico, (id erat homini nomen) aliqui existimantes, se esse ejus heredes, hereditatem distraxerunt. deinde nunciatum fisco est, aliquas partes ex bonis Rustici esse caducas. hisce petitis fisci nomine, fuit quæsitum, quid in præsentia fisco restitui, & in similibus deinceps servari, oporteret.

De ea igitur re sic censuit Senatus: *Cum antequam partes caduca ex bonis Rustici fisco peterentur, hi qui se heredes esse existimant, hereditatem distraxerint, placere redactæ ex pretio rerum venditarum pecunia usuras non esse exigendas. idemque in similibus causis servandum.* Senatus, ut apparet, initio fuit locutus de caducis partibus hereditatis hominis privati: quia sic evenerat, ut fisco ex ejus bonis caduca peterentur partes: sed Ulpianus in *§. 7. d. l. 20.* animadvertit ex sequentibus verbis *Idemque in similibus causis servandum*, occasione specialis facti propositum esse Senatui, generale jus facere, longius porrigit Senatus providentiam: nam idem tenet, etsi ex alie caduca fiat hereditas: item si vacantia bona fisco vindicentur, vel si ex alia quacumque causa bona ad eum pervenerint. Hoc plus ait Ulpianus *§. 8.* Senatusconsultum, etsi de fisco loquatur, æque locum habere, si civitati petatur. Item *§. 9.* addit, illud in privatorum quoque petitionibus servari, licet sit in publica causa factum, de eoque neminem ambigere, etiam apparet ex *l. 1. C. h. t.* Insuper

Inper scribit §. 10. quod non solum in hereditate utimur Senatusconsulto, sed & in peculio castrensi vel alia universitate. Est & illa ejus animadversio, Senatum in hoc versu quidem loqui de his qui se heredes existimant: sed convenire postremæ ejus clausulæ, in eadem esse conditione, si qui putent, se esse bonorum possessores, vel sibi restitutam esse hereditatem §. 13. d. l. 20. Non magis omittendum fuit §. 12. Senatum hic non de omni loqui possessore, etiam malæ fidei: sed de solo bonæ fidei possessore. eratque id utile annotari: quia sic rationem habet, quod ibi verat Senatus, ab eo exigere usuras redactæ pecuniæ ex pretio rerum venditarum; non patiente bona fide, eum qui non sit in mora, usuras officio Judicis præstare. Redactam, porro pecuniam Ulpianus §. 15. d. l. a Senatu dici censet, non solum jam exactam, verum & si exigere potuit, nec exacta est: videlicet quia ei nata venditi actione, jam licebat eam exigere. Expositus est primus Senatusconsulti versus.

Sequitur secundus, quid eo Senatus? ait, *Item placere, a quibus hereditas petita fuisset, si adversus eos judicatum esset, pretia quæ ad eos rerum ex hereditate venditarum pervenissent, etsi ea ante petitam hereditatem deperissent diminutæve fuissent, restituere debere.* Ad hunc versum notata ab Ulpiano sunt complura. primum est in §. 17. d. l. 20. quod si hereditas a bonæ fidei possessore (nam de hoc quoque solo hic est Senatus sermo) petita, & mox adversus eum judicatum esset, rebus ex hereditate ab eo ante motam controversiam distractis, (nam postea prohibita ei alienatio est l. 5. h. t.) eum non debere petitori ipsas restituere res distractas; sed earum pretia quæ ad eum pervenissent. nimirum quia in hoc judicio intelligitur pretium succedere in locum venditi corporis hereditarii, & quodammodo hereditarium fieri l. 22. D. h. t. l. 18. D. Quod. met. caus. l. 23. D. de adim. legat. etsi in aliis non peræque sit ita. Voluit tamen Senatus, quod de pretio dictum, tum a possessore demum restitui, si ad eum pervenit. igitur si exegit: etiam, si non exegit, sic enim censet Ulpianus d. §. 17. l. 20. & hac utitur ratione: quod habuit ex vendito actionem, & hac potuit exigere. talis autem in usu juris rem plerumque habere intelligitur l. 15. D. de reg. jur. Nec tamen ignorat, alibi minus putari, actionem, quam rem habere l. 204. d. l. & ideo nec timet, eam subtilitatem hic, ex mente Senatus, hac temperare æquitate, quasi sufficit, ubi habet actionem, eum actiones præstare. præter hæc observat Ulpianus d. l. 20. §. 18. Senatum, cum jubet, pretia rerum distractarum petitori a bonæ fidei possessore restitui, non postulare distractas esse res hereditarias: sed res ex hereditate esse distractas; etsi alioquin non hereditarias: modo pretia ad bonæ fidei possessorem pervenissent. ac fuit hinc dubitatum, re aliena a bonæ fidei possessore vendita, & soluto pretio evicta: oporteatne eum, si emptori quod accepit, restituit, adhuc petitori pretium restituere. movebat dubitationem, quod evicta res fuit ex hereditate, licet non esset hereditaria. nec hoc poterat negari. Sed non placet Ulpiano, hic restitui venditionis pretium: quia ut locus sit ejus restitutioni, non est Senatu satis, distractam ex hereditate rem esse, nisi pretium ex distractione ad possessorem pervenit. Atqui pervenit; solum quippe. esto verbotenus: sed pervenisse Ulpiano non videtur quod cum effectu non pervenit; id est, ita ut permaneret. sic enim ex

distracta re ex hereditate possessor demum locupletior cum injuria petitoris esse intelligitur. quod unice cavere Senatui fuit negotium. quemadmodum exacto indebito, possessor prima ratione videri potest hoc percepisse ex hereditate: quamquam diligentiore tractatu habito, nihil pervenit quod aut hereditatis aut ex ea esset. Mitto, quod ne hereditatem quidem exacto indebito obligavit ad restituendum; sed se tantum: sicut id non hereditatis, sed suo nomine, exegit; ideoque nec mirum, perinde haberi, ac si ad eum nihil pervenisset d. l. 20. §. 18. Ab eodem principio in §. 19. sic pergit Ulpianus, Si res sit redhibita, hic utique, id est, hoc utique in casu, & hereditaria est, & pretium non venit quod refusum est. Contra quoque in §. 20. ait optime & convenienter benignitati Senatus, Si ob venditionem obstrictus emptori sit possessor, eum, ne magis in damno, quam in lucro sit, cautione securum fieri oportere.

Tertium Senatusconsulti Caput in l. 20. §. 6. h. t. his extat verbis: *Item eos qui bona invasissent, quæ scirent ad se non pertinere, etiamsi ante litem contestatam fecerint, quo minus possiderent, perinde condemnandos, quasi possiderent. eos autem qui justas causas habuissent, quare bona ad se pertinere existimassent, eo usque duntaxat, quo locupletiores ex ea re facti essent.* Prior hujus Capituli pars spectat ad malæ fidei possessorem: posterior ad possessorem bonæ fidei. Indolem possessorum malæ fidei describunt hæc Senatus verba: *Item eos qui bona invasissent, quæ scirent, ad se non pertinere.* Inde Ulpianus l. 25. §. 3. d. l. Senatum, inquit, loqui de prædonibus, id est, de his qui cum scirent, ad se non pertinere hereditatem, invaserunt bona: scilicet, cum nullam causam possidendi haberent. Nec minus curiose observat, Senatum quatenus ad verba attinet, de eo loqui qui ab initio mente prædonis res hereditarias apprehendit, quod si ab initio quidem causam justam habuit, postea vero conscius ad se nihil hereditatem pertinere, prædonio more versari cœpit, de eo nihil Senatum loqui. se tamen putare, mentem Senatus & ad eum pertinere: optime præfatus, parvi referre, ab initio quis dolose in hereditate versatus sit, an postea hoc facere cœperit d. l. 25. §. 3. Potuit & de eo quæri, quem dicat Senatus, *Scire ad se non pertinere*: utrum eum tantummodo qui factum scit, an & eum qui in jure erravit: arbitratus, recte factum testamentum, cum inutile erat, vel cum eum alius præcederet agnatus, sibi potius deferri. Sed non putat Ulpianus, hunc esse prædonem qui dolo caret, quamvis in jure erret d. l. 25. §. 6.

Præterea ait Senatus, *Si ante litem contestatam fecerint.* Hoc verocur sit adjectum, Ulpianus §. 7. d. l. hanc subjungit rationem, quoniam post litem contestatam omnes incipiunt malæ fidei possessores esse: quum imo post controversiam motam, quamquam enim fiat in Senatusconsulto mentio litis contestatæ: tamen & post motam controversiam omnes possessores pares fiunt, & quasi prædones tenentur. Fuit forte de hoc dubitatum aliquando: sed Ulpianus d. §. 7. Hoc in fit jure hodie utimur: cœpit enim scire rem ad se non pertinentem possidere se is qui interpellatur: qui vero prædo est, & ante litem contestatam doli nomine tenebitur: hic est enim dolus præteritus. Quid ergo vult Senatus? eos prædones, etiamsi fecerint ante litem contestatam, quo minus possiderent, perinde condemnandos, ac si possiderent. id vero sic

accipit. Ulpianus: Sive dolo desierint possidere, sive dolo possessionem noluerint admittere. addit, sive ab alio res possideatur, sive in totum non exstet §. 8. d. l. 25. amplius, si res exstet apud emptorem, debere ipsam redimere ac præstare, aut si recipere ab eo nullo modo possit, tantum præstare, quantum in litem juratum esset l. 20. §. ult. h. t. Sic est: verba Senatusconsulti etiam adversus eum qui non possidet, iusjurandum inducunt: ut tam adversus eum qui dolo fecit, quo minus possideat, quam adversus possidentem, in litem juratur §. 10. d. l. 25. Sed quæ ex Ulpiano attigi, aliquanto plenius consideranda sunt. primum vult, malæ fidei possessorem, ubi desit quæ possedit, possidere perinde ad eorum restitutionem teneri, ac si possideret: utique si præteritus ejus dolus accusetur: idemque, si ejus culpa sit d. l. 25. §. 2. nam hanc non excipit Senatus; & vel hæc ei merito imputatur, postquam placuit, obligationem ea continuari. quid si casu contigerit? jam possit ambigi: quasi magis per casum factum sit, quam per possessorem de quo locutus fuit Senatus. obtinuit tamen, vel hoc nomine teneri eum: hoc colore, quasi videatur in mora fuisse malæ fidei possessor: rem non restituens ei cui debet restituere. maxime, si petitor rem consecutus, eam distraxisset & verum pretium non perdidisset l. 20. §. ult. h. t. Atqui Senatus ait: *Etiam si fecerint, quo minus possiderent.* Sed non obstant hæc verba: ut enim non fecerit possessor, quo minus rem possideret: at mora sua fecit, ne haberet pretium. potuisset enim re distracta id habere & restituere. hoc neglecto, factum est ejus culpa, ne haberet. recte igitur vel hoc modo tenetur. Sic: si res tota sit a malæ fidei possessore amissa. quid si sit deminuta, id est, usucapta aut deteriorata? l. 21. d. h. t. nil mutat Julianus l. 54. §. 2. d. t. Sed finge, fuisse illi necesse, facere sumptum; & hoc causari. Ulpiani sententia est l. 31. §. 3. d. t. quod sicut habet jus deducendi sumptum, si quem facere habuit necesse: ita tenetur rem tueri. alioquin redditus hujus culpæ rationem: atque eo justius, quod Paulus l. 53. h. t. possessori etiam concedit alienationem inter alia, si impensæ in rem hereditariam factæ sunt necessariae, vel si mora peritura deteriorve futura erat: quod & traditum l. 5. d. h. t. Igitur hic quoque cessante eo facere quod debet, rationis est, intelligi, per eum fieri, quo minus rem restituat integram.

Satis dictum, quid juris sit, si malæ fidei possessor fecerit, ne possideret quod ante possedit. sequitur, quid placeat, omisso quod ei licuit adquirere. hoc enim restat ex divisione quam fecit Ulpianus in l. 25. §. 8. d. h. t. Pertinent vero huc pecuniæ a debitoribus hereditariis non exactæ, idcirco quod a malæ fidei possessore est factum, ne exigi possent: puta, quod sivit, actionem inopia debitorum fieri inanem, aut obligationis diem exire. est hoc certum, ipso quid hereditati debente. a se enim potest semper exigere. idem est, si quas actiones ex venditione rerum hereditariarum adquisivit. cæterum (quod Paulus observat l. 31. §. 4. d. h. t.) non potest prædoni, cujus nulla est actio, imputari, cur sit passus debitores liberari, & pauperiores fieri. Præter ea quæ dixi, tenetur malæ fidei possessor etiam heredi restituere fructus omnes, sive perceptos & extantes, sive non perceptos, modo potuerint percipi: debuit enim percipere: alioquin videtur per eum esse factum, ne possideret l. 25. §. 4. & 9. d. & l. 1. C. h. t.

Illud est jam in antecessum annotatum, quod ex fructibus percipiendis solos restituit qui possint honeste percipi l. 33. d. de rei vindic. sed perceptos omni modo tenetur restituere l. 56. d. h. t. id est, etsi non potuissent honeste percipi l. 27. §. 1. d. t. ea ratione quæ est in l. 28. juncta l. 52. d. t. Fructibus similes sunt usuræ: habere enim vicem fructuum, Ulpianus auctor est l. 34. d. de usur. nec dubito, quin in oculis habeat præsentem locum: indicio Inscriptionis, Ulpiani lib. 15. Ad Edictum præferentis: ut notavi lib. 3. De fœnor. & usur. c. 12. Summa Ulpiani est: quod malæ fidei possessor ex Senatusconsulto quod præ manibus habemus, in hereditatis petitione tenetur heredi tam usuras ex pecunia hereditaria perceptas restituere, quam fructus ex rebus hereditariis perceptos: hac, ut videtur, ratione, quod usuræ obtinent vicem fructuum, & merito non debent a fructibus separari. certe in legatis & fideicommissis & in tutelæ actionibus & in cæteris bonæ fidei judiciis ita observatur. quidni igitur in petitione hereditatis? cum vel ipsa bonæ fidei habeatur. sed potuit malæ fidei possessor usuras velut fructus pecuniæ a se tractatæ aut debitæ exigere. id igitur nisi fecit, potest videri per eum esse factum, quo minus haberet. Cæterum observandum, quod ut ab eo debentur usuræ pecuniæ hereditariæ, si eam tractavit, id est, si ea usus est, eoque modo quantitatem natura sterilem, industria sua fecit fertilem: ita ab illo non debentur ex pecunia quam non attingit l. 20. §. 14. h. t. propterea quod eam non habuit in modum quantitatis, sed corporis, & quidem sterilis in hereditate reperti: ex quo usuras jure civili non deberi, demonstravi lib. 1. De fœnor. & usur. c. 2. Aliquis dicat, malæ fidei possessorem non minus ob percipiendos, quam ob perceptos, fructus teneri. Sed nescio, an in præsentem casu intersit inter fructus & usuras: quamquam alias comparentur: nempe, ne malæ fidei possessor cogatur pecuniam suo periculo fœnerari: quod non esse æquum, bene censet Papinianus l. 62. d. de rei vindicatione. Scrupulum tamen his injicit epistola Severi & Antonini l. 1. C. de his quib. ut indig. ipsi, ne de aliis dicam, molesta Ulpiano: certe hanc mire torfit l. 20. §. 12. d. h. t.

Placet igitur Senatui, instituta petitione hereditatis & adversus bonæ fidei possessorem judicato, eum pretia rerum ex hereditate distractarum, quæ pervenissent, petitori restituere: & quidem indistincte, sive illæ res post petitam hereditatem extent apud emptorem, sive ante deperissent, deminutæve essent: nam ut res eæ perierint aut deminutæ sint apud emptorem, ideoque eas restituere non cogatur bonæ fidei possessor; bona fide eum a damno excusante: tamen ex pretiis quæ pervenissent, locupletiores fieri cum injuria petitoris, iniquum est d. l. 20. §. 21.

Illud quale, quod ait Senatus, eum debere pretia quæ pervenissent, restituere? Utrum enim vult, ipsa restituere pretia rerum distractarum; an, prout eligat, restituere vel pretia distractarum rerum, vel ipsas res distractas? Mihi posterius non est improbabile: & quod ait Senatus, pretia debere restituere, non esse necessitatis, sed facultatis & arbitrii: adeo debere pretia restituere, nisi malit res ipsas restituere: alterutrum igitur restituere volentem posse, nolentem non cogi. hoc modo debere verbum sæpius accipitur alibi: in præsentem autem sic intelligendam esse, res loquitur: cum melioris conditionis esse non oporteat malæ, quam bonæ, fidei possessor. m. id

id certe ratio prohibet *l. 13. D. de noxal. act.* nec minus benignitas Senatus, tantum bonæ fidei possessori in re iusta omni quidem modo consulenti; sed interim quod favoris ac beneficii est, invito non obtruderitis. Sensit hoc egregie Paulus *l. 22. D. h. t.* & intererit ejus verba considerasse, cum etiam alia hinc consequentia demonstret. Verba Pauli: *Si rem & pretium habeat bonæ fidei possessor, puta, quod eandem rem emerit: an audiendus sit, si velit rem dare, non pretium? in prædione dicimus, electionem esse debere actoris. an hic magis possessor audiendus sit, si velit rem tradere, licet deteriore factam, non petitor, si pretium desideret, quod inverecundum sit tale desiderium; an vero quia ex re hereditaria locupletior sit, & id, quod amplius habet ex pretio restituere debeat; videndum. nam (S) in oratione Divi Hadriani ita est: Dispicite, Patres Conscripti, nunquid sit æquius, possessorem non facere lucrum, & pretium, quod ex aliena re perceperit, reddere: quia potest existimari, in locum hereditariæ rei venditæ, pretium ejus succellisse, & quodammodo ipsum hereditarium factum. Oportet igitur possessorem & rem restituere petitori, & quod ex venditione ejus rei lucratus est.* Consilium Senatui fuit, in petitione hereditatis iudicato adversus possessorem bonæ fidei, cum eo clementer agere: itaque re aliqua ex hereditate ab eo distracta, censere eum possessorem oportere vero hereditatitue rei distractæ pretium quod ad eum pervenerit: nisi malit, ei rem ipsam restituere. Hoc ut verum, ita manifeste supponit Paulus: & hinc porro quærit, an possessor qui rem distractam & deteriore factam, deinde ab emptore redemerit, id est, rursus emerit, sed jam minore pretio, sit audiendus; malens petitori rem restituere, quam pretium, nisi quod amplius ex eo habet, ei præterea offerat. Vides quæstionem, & hanc posse ex sententia Pauli tantum usum habere in bonæ fidei possessore: quia ejus solius hac in parte electio est. in prædione autem non invenire usum: ubi in eo dicimus, electionem non ejus, sed petitoris esse certo jure. igitur omisso prædione, Paulus de solo disputat bonæ fidei possessore, in eoque subdubitat, an is hic (id est, hoc in casu, ut sæpe alias) eligens tradere rem deteriore factam, potius sit audiendus, quam petitor, pretium desiderans. primum causatur, inverecundum esse petitoris desiderium; præter oblatam ei rem etiam pretium, id est, quod ex pretio amplius apud eum sit, postulantis. deinde e diverso cogitans: possessorem, quatenus rem redemit, parte ejus quod accepit, esse ex distracta redemptaque re hereditaria locupletior factum, putat hoc magis convenire Orationi D. Hadriani; (quam secutum est præsens Senatusconsultum) nam eam nolle, bonæ fidei possessorem facere lucrum ex venditione rei hereditariæ. confitetur igitur in fine *d. l. 22.* Paulus, oportere possessorem heredi præter rem restituere quod ex rei venditione lucratus est. Incurrit & sequens apud Ulpianum deliberatio *l. 23. D. h. t.* utrum debeat bonæ fidei possessor omne pretium restituere: an ita demum, si sit locupletior factus. finge, perdidisse, vel consumpsisse, vel donasse pretium acceptum, quid placet Senatui restitui? pretia quæ ad bonæ fidei possessorem pervenissent. Sed pervenire est ambiguum verbum, quod potest solum continere id quod prima ratione fuerit: etiam potest ad effectum respicere: ut pervenisse demum videatur quod durat. Utra igitur placet significatio? posteriorem

probat Ulpianus; arbitratus, ambiguitatem præsentis clausulæ Senatusconsulti, tolli per sequentem: *Eos autem qui justas causas habuissent, quare bona ad se pertinere existimassent, usque eo duntaxat quo locupletiores ex ea re facti essent.* Tractatus hic qui ex Senatusconsulto venit de restitutione pretii petitori facienda a bonæ fidei possessore, si quod ad eum ex re distracta pervenit, alicui putetur longior: sed non est vita Ulpiano longa quæ erat necessaria: quod adhuc posset ambigi; utrum solum deberet restitui pretium rei ex hereditate distractæ; an aliud præterea secutum ejus augmentum. pone: pœna pervenit ob pretium tardius solutum, quid debet restitui? Senatus de pretio loquitur: de pœna file. quia tamen in totum locupletior ista accessione factus est possessor: æquitatis fuerit, etiam pœnam restitui; licet Senatus, quantum ad verba, de solo pretio loquatur, atque hoc convenit clausulæ, ex Senatusconsulto paulo ante adductæ. nec timet Ulpianus ex ea ad hunc modum disputare *l. 23. §. 1. h. t.* his verbis: *Proinde si non solum pretium, sed etiam pœna tardius pretio soluto pervenerit, poterit dici quia locupletior in totum factus est, debere venire: licet de pretio solummodo Senatus sit locutus.* Etiam in *l. 25.* (quæ est conjungenda cum *d. §. 1. l. 23.* sicut olim ei cohæsit, monstrante utriusque Inscriptione) mox sic idem pergit Ulpianus: *Sed & si lege commissaria vendidit, idem erit dicendum, lucrum quod sensit, lege commissaria præstaturum.* Nec tamen intercedo, quo minus Paulus intermedia *l. 24.* contra sic præcipiat æque recte: *At ubi vi dejectus fuit, non debet restituere pœnam ex eo commissam.* cedo, qua ratione? Paulus ait: *quod eam actor habere non potest.* nimirum, quia injuriam vi illatam ipse passus est bonæ fidei possessor: heres, id est, petitor, eam passus non est: eoque ad illum magis, quam ad hunc redire eam pœnæ utilitatem rationis est. Ejusdem farinae est, quod mox addit Paulus: *Sic nec pœna restitui debet, quam adversarius ei promisit, si ad iudicium non venerit.* Opinor, quia non heres, sive petitor, eam est stipulatus, sed possessor bonæ fidei; atque occasione quidem hereditatis, sed non ex hereditate, aut re hereditaria. adeo valde probo hoc Ulpiani *l. 20. §. 3. D. h. t. Hereditas & argumentum recipit, & diminutionem.* Sed ea quæ post aditam hereditatem accedunt, si quidem ex ipsa hereditate, puto hereditati accedere: si extrinsecus, non; quia personæ possessoris accedunt. Finiam hanc partem, si ex *d. l. 25. §. 1. h. t.* adscripsero hoc Ulpiani: Item si rem distraxit, & ex pretio aliam rem comparavit, veniet pretium in petitionem hereditatis, non res quam in patrimonium suum convertit. Sed si res minoris valet; quam comparata est: hætenus locupletior factus videbitur: quatenus res valet: quemadmodum si consumpsisset, in totum locupletior factus non videbitur.

Attigi pleraque omnia quæ Senatus in possessore malæ fidei observari censuit. Unus superest scrupulus, atque ipse non negligendus, in his Senatusconsulti verbis, *Perinde condemnandos, quasi possiderent.* manifeste enim volunt, possessorem malæ fidei, res hereditarias quas desit possidere, perinde quasi possideret, petitori restituere: nec sinunt, si petitor malit habere pretia rerum venditarum cum usuris, quam ipsas res cum fructibus, esse iudicis, electionem petitori hac in specie permittere. non enim faciunt ejus indulgentiæ mentionem. quin districte jubent, malæ fidei possessorem, perinde ac si rem possideret, ad

eius restitutionem condemnari. Subverecunde tamen sibi sumit Ulpianus, ut electionem petitori permittat ex Senatus mente, cum verba resistent *d. l. 20. §. 12. & 16.* meo iudicio non male. non enim minus hereditaria sunt pretia rerum venditarum, quam res distractæ *l. 22. D. h. t.* ac si res quæ periit, distracta eodem modo fuisset apud petitorum peritura: non idcirco minus is pretium consequatur; alioquin nihil habiturus, si possessor tantum ad rem venditam teneretur *l. 33. §. 1. D. h. t.* Atque hanc Ulpiani benignitatem Paulus *l. 36. §. 3. d. t.* firmat argumento ab absurdo, quod est fortissimum. id argumentum est, Ne melior sit conditio prædonis, quam possessoris bonæ fidei: quem Senatus voluit pretia rerum distractarum restituere, etsi hæc postea perierint *l. 20. §. 17. d. t.* putemus igitur, hæc Senatus verba, *Perinde condemnandos* (malæ fidei possessores) *quasi possiderent*, sic esse accipienda: quasi jubeat Senatus, eos condemnari, si petitor cujus gratia id Senatui placuit, eos velit condemnari rerum ipsarum nomine; adeoque magis ad coercendum malæ fidei possessorem, quam ad coarctandum jus petitoris, pertinere. potest igitur hic, si velit, suo uti jure: si nolit, non cogitur. Sed de malæ fidei possessore vel nimis.

Transco ad possessorem bonæ fidei: de quo ex *l. 20 §. 6. h. t.* supra attuli hæc Senatusconsulti verba: *Eos autem, qui justas causas habuissent, quare bona ad se pertinere existimassent, usque eo duntaxat, quo locupletiores ex ea re facti essent.* Sensus est: quod bonæ fidei possessor (qualis Senatui est qui habuit justas causas, quare bona ad se pertinere existimaret) antequam hereditatem alienam esse, vel lite contestata, vel aliter resciscat, de rebus quidem extantibus tenetur: de his autem quæ desunt possidere, nisi quatenus locupletior sit, non tenetur: licet fecerit, quo minus haberet: non dicam dolo malo, (nam is cum bona fide concurrat numquam) sed culpa. quia enim quasi suam rem neglexit, nulli querelæ ante petitam hereditatem est subjectus: postea & ipse prædo habetur *l. 31. §. 3. h. t.* ad eumque, tamquam talem, incipit pertinere rerum periculum quod ante ad heredem pertinebat. possitque huc trahi, quod Paulus *l. 40. D. d. t.* monet in Oratione D. Hadriani esse: *Ut post acceptum judicium id auctori præstetur quod habiturus esset, si eo tempore quo petitur, restituta esset hereditas.* Est sane hoc servandum, quatenus attinet ad fructus, etiam ad sumptus faciendos *l. 31. §. 3. D. h. t.* In aliis, quod idem animadvertit Paulus, potest illud interdum durum esse. non difficili differentiarum ratione: licuit eum bonæ fidei possessori, non negligere res hereditarias. præterea debet sibi imputare, si non percepit fructus, quos potuit percipere. at ne pereant suo fato animalia aut mancipia, qua diligentia præstare potest? Interim si deperierint post litem contestatam; ait Paulus, bonæ fidei possessorem subtilitate Orationis etiam hoc nomine teneri: quia illa omnes possessores, post litem contestatam, pares sunt. sed id, ut Paulus ait, aliquando non sine durtie; ut justum sit in persona ejus qui res hereditarias ab initio mente prædonis apprehendit, Orationis verba observari. cur enim petitori cujus hereditatem esse sciebat, quod ex ea possidebat, ultro non restituit? potuisset certe petitor distraxisse recepta mancipia aut animalia. idem in persona bonæ fidei possessoris, non omnis quidem; sed qui post litem contestatam, conscius, hereditatem ad se non pertinere, cœpit prædonis more versari. cæterum aliud est, si se ad judicium

juste provocare existimet: nam hic idcirco per litem contestationem non fit prædo. quin contra Paulus *l. 24. D. de usuris* hunc in mora non esse, palam proficitur. De hoc igitur accipiamus illud ejusdem Pauli *d. l. 40.* *Nec enim debet possessor aut mortalitatem præstare, aut propter metum hujus periculi, temere indefensum jus suum relinquere.*

Bonæ igitur fidei possessor, quamdiu hereditatem alienam esse ignorat, de his quæ desunt habere ut ut suo facto, suaque culpa, nisi locupletior factus, non tenetur. factus autem putatur locupletior; si aliquid habet, eo quod hereditatem possidet: alioquin non habiturus. fac: aliquid ad eum venit, aut in rem ejus versum est, non quidem occasione hereditatis: sed ex ipsis rebus hereditariis, aut pro ipsis, ipsarumve usu. interim casus in quibus locupletior factus est, aliquos supra observat Ulpianus *l. 20. §. 3. l. 23. §. 1. l. 25. pr. & §. 1. d. t.* nec contrarios desiderari passus *§. 11. d. t.* Ipsos utriusque generis rursus non enumero; ne fastidium pariat prolixitas. quare nec vicinos alios attingam, ex *d. l. 25. §. 12. & seqq.* cum præsertim illic quæri & videri possint.

Illud lubet inquirere, quo tempore debeat bonæ fidei possessor locupletior intelligi: utrum litem contestatæ, an rei judicatæ. Paulus *l. 36. §. 4. D. h. t.* ait dubitari: sed causam non apponit. Mihi hæc succurrit: quod Senatui placuit, bonæ fidei possessorem, post litem contestatam, haberi prædonem; indeque amissa possessione, perinde condemnari, ac si possideret. proinde quæsito, quo tempore debeat locupletior dici; vix aliud videatur aptum, quam litem contestatæ. Sed videamus: ne illa severitas Senatus qua de monui, circa bonæ fidei possessorem, non peræque in omnibus servetur. fateor: præcipit Senatus, bonæ fidei possessorem post litem contestatam, perinde condemnari, ac si possideret. idque & Oratio D. Hadriani voluit *l. 40. D. h. t.* Sed Paulus *d. l. 40.* animadvertit, illam regulam in persona possessoris bonæ fidei interdum esse duram. quippe resistere favorem bonæ fidei, ne cogatur temere jus suum indefensum relinquere. quid si idem ille favor etiam movit Paulum in *d. l. 36. §. 4.* neglecto rigore Senatusconsulti, tempus quo locupletior esse debeat bonæ fidei possessor, potius a re judicata, quam ab accepto judicio æstimare: ne possessor, propter bonam fidem, facile damnum ferat ex possessione alienæ hereditatis *l. 25. §. 11. D. h. t.* amissis post litem contestatam rebus quas ante possedit. Atqui omnes possessores, post litem contestatam, pares sunt. in prædonibus vero, quo tempore locupletiores sint, non distinguimus. Sed refert, quod prædones, etsi non sint locupletiores, omnimodo tenentur. at bonæ fidei possessor non tenetur: cum non est locupletior; & præterea juste provocavit ad judicium; eoque suscepto non cœpit esse possessor malæ fidei. sic enim ejus neque culpa, neque mora est *l. 24. D. de usuris.* præstatio autem eorum quæ non accepit aut amisit, quid est, nisi pœna moræ aut culpæ? Ita sit bonæ fidei possessor post litem contestatam certo respectu pro prædone: at non is idcirco in omnibus & per omnia prædo habetur.

Intellecto, quemadmodum petitori Judicis officio provideatur; eo ne possessor quidem negligendus est. id enim non sinat natura actionis bonæ fidei: volentis, quidquid oportet, hinc inde præstari ex fide bona. Sed ante omnia sciendum, possessorem, petitore non probante, suam esse hereditatem, ab ejus intentione absolvi. Non minus

nus certum est, administrationem hereditatis, pendente incerto litis, possessoris esse. cum enim æquum sit, possessionem, donec causa cognoscatur, apud possessorem manere; cur iniquum sit ei interim relinquere administrationem. Hanc vero cum ei damus; volumus, eum singula diligenter tueri & colere; eumque in finem impensam facere; quod si negligat; culpæ nomine obligari: nisi sit bonæ fidei possessor *l. 54. §. ult. & l. 31. §. 7. D. h. t.* utique ante litem contestatam. nam post eam omnes possessores pares sunt *l. 25. §. 7. & 8. d. t.* Non minus potest æs alienum, si quod sit in hereditate solvere; ne crescentibus usuris aut distractis pignoribus, hereditati damnum inferat *l. 53. D. h. t.* Interim potest vel hoc nomine, quod ei abest, deducere *d. l. 31. §. 7.* De alienatione rerum hereditariarum videamus. Sed non puto, hanc ei competere, utique suo jure, non est enim hereditatis, quam administrat, dominus. proinde nec est ei jus, facere quo præjudicium faciat petitioni hereditatis. quin si tale quid instituat ante litem contestatam; est a Prætorē, postulante petitorē, alienare prohibendus *l. 5. h. t.* idemque est post litem contestatam; qua nemo suam conditionem facit deteriore *l. 29. D. de novat.* Nec tamen hoc impedit, quo minus ei parato, petitori satisfacere pro omni quantitate hereditatis, vel rerum ejus restitutione alienatio permittatur. causa autem cognita, etsi non sit data satisfactio, sed solita cautio, (quæ extat apud Paulum *lib. 1. Sentent. tit. 19. §. 1.*) edixit Prætor, se deminutionem, etiam post litem cœptam, concessurum. nempe, ne deminutio in totum deminuta, etiam alia commoda impediatur *d. l. 5. h. t.* exempla sunt ibidem, atque in *l. 53. d. t.* egregia.

Proxima erit deliberatio; an jus sit possessori hereditatis, ejus debita exigere a debitoribus hereditariis, aut res hereditarias a possessoribus vindicare. Occurrit illa in *l. 49. D. h. t.* in qua Papinianus ponit exemplum in possessore bonæ fidei: opinor, quia nullum jus est possessoris malæ fidei, atqui bonæ fidei possessor, post litem contestatam, fit malæ fidei. Sed jam in antecessum dixi, quod non idcirco tenetur jus suum temere indefensum relinquere. Igitur non sit heres, nec dominus, cujus præsertim est actiones in rem aut in personam exercere: si quo tamen casu eas exerceri necesse est; an ubi non licet facere aliter, ulla patitur ratio, eum ab his arceri? evenit hoc, quoties est periculum, ne facile pereant actiones, quod sunt temporales, & brevi expiraturæ, vel quod debitor labitur facultatibus possessorve rei mobilis de fuga est suspectus. Hoc vero eo libentius permisero: quia in tali periculo interest hereditatis, ut aut res aut actiones futuro heredi vel sic serventur: ne quis metuat, hereditati fieri præjudicium. quid, si nec interest possessorum talium rerum, adversus se non agi: cum præsertim iudicio victi, si amittant possessionem, definant eas possidere sine dolo & culpa *l. 58. l. 36. §. 1. D. de rei vindic.* præterea potest debitoribus hereditariis a victore consuli cautione, Se, si iudicio de hereditate vincatur, eis quod accepit, restitutum, aut eos adversus heredem defensurum. Cæterum putat Papinianus *d. l. 49. h. t.* quod de bonæ fidei possessore dixi, etiam posse in petitorē observari: ut vel ei concedatur agere aut in rem aut in personam: non quidem ex subtili jure; sed, ut supra dixi, ex æquitate: urgente necessitate, ob negligentiam possessoris, & tum

citra metum exceptionis; Nisi præjudicium petitioni hereditatis fiat. At enim Papiniano obstreperit Julianus *l. 13. D. de exceptionib.* sic scribens: *Si post litem de hereditate contestatam res singula petantur: placet non obstare exceptionem*, Quod præjudicium petitioni hereditatis non fiat. *futuri enim judicii, non facti nomine, hujusmodi exceptiones comparatae sunt.* Quid dicimus? Verba hæc, *post litem contestatam*, ab Accursio accipi, quasi diceret Julianus, post litem contestatam & finitam: & Accursio suffragari Jacobum Cujacium *lib. 9. Observ. c. 27.* Ipse lubenter accederem Doctissimis illis Viris: si fineret ratio. nunc cepi consilium, expuncto verbo, *contestatam*, legere, *Si post litem de hereditate res singula petantur.* Nimirum sum persuasus, verbum *contestatam*, esse Glossatoris: existimantis, Julianum excidisse. quod non puto: ille *post litem* dixit simpliciter, eaque loquendi forma litem finitam significavit. fidem dicto faciunt sequentia Juliani verba: *Futuri enim judicii, non facti nomine hujusmodi exceptiones comparatae sunt.* Nam *futurum judicium* quid est, nisi iudicium nondum susceptum, sive iudicium per litis contestationem adhuc suscipiendum. at iudicium *factum* est, finitum, seu peractum, Iudicis sententia. sic *iudicium facere* est, iudicare, cum apud Paulum *l. 58. D. de rei vindic.* tum apud Terentium, Ciceronem, Livium: ut ipse inter alios curiose observavit D. Cujacius *d. loc.*

Similis vertitur quæstio: an possessor hereditatis, aut etiam petitor, a creditoribus hereditariis conventus, teneatur eis respondere? Nam ambo se ferunt pro heredibus: ac si aut hic aut ille conveniatur a creditoribus; non fuerit absurdum, eum ex sua professione teneri tamquam debitorem. Contra potest vel hic esse metus; ne noceat exceptio, Extra quam si fiat petitioni hereditatis præjudicium. Verum fuisse hac in parte non unam Veterum sententiam, apparet ex *l. ult. C. h. t.* etiam circa libertatem fuisse dubitatum, indicat *l. 7. D. h. t.* Sed varietatem sustulit Justinianus *d. l. ult.* posita in plerisque nova forma: quam ibi, cui lubet, licet legere. saltem suadeam, notari, mora hereditatis petitione interesse inter petitorē & possessorem; utrum alteruter cum debitoribus hereditariis experiatur, an a creditoribus hereditariis conveniatur. conveniri enim ex hac lege possunt sine metu exceptionis; agere non possunt, præterquam si est periculum; ne actiones moriantur inter moras litis.

Plane, cum possessori hereditatis administrationem pendente lite indulsumus, non est opus admoneri, ei indemnem esse oportere. Proinde si quid caverit hereditatis nomine, æquissimum est, eum illo onere liberari. *l. 40. §. 3. D. h. t.* Nec minusei jus est, impensas, si quas fecerit in res hereditarias, dum eas colit, aut tuetur, aut dum æs alienum solvit, aut dum pecunias debitas iudicio persequitur, de hereditate deducere, in primis necessarias aut utiles: nam voluptarias, cum possint inutiles aut supervacuas videri, non deducit. tantum fit ei potestas tollendi quod posuit, si extet; modo rem non faciat deteriore. Hæc summa *l. 36. §. ult. & legib. seqq. D. h. t.* sed forte a libi uberius tractabitur. Saltem postulat locus præsens absolvi, quod de ære alieno, ut est proprium petitionis hereditatis, cœpi dicere. Igitur solet quæri: an possessor hereditatis possit æris alieni solutionem, creditoribus hereditariis, aut qui pro talibus

habentur, a se factam, de hereditate deducere? Facile intelligitur; si profutura hereditati sit solutio, pari ratione deduci, ac impensas alias necessarias aut utiles. quod si non sit profutura; non magis deduci, quam impensas ceteras inutiliter factas. profutura autem, ut hoc addam, videtur solutio, hereditatem liberatura a debito: alioquin inutilis haberetur. Quid igitur est, si indebitum solvit possessor? nihil deducit *l. 20. §. 18. D. h. t.* quia nihil ad hereditatem pertinet indebitum solutum: præterquam si bonæ fidei possessor, occasione inutilis testamenti quod omni modo ratum credebatur, indebitum solverit legatum aut fideicommissum: tum enim quia voluntas testatoris cui parendum erat, dedit errori causam; fuerit æquitatis, eum hanc solutionem de hereditate deducere, cessis heredi adversus eum, qui indebitum accepit, actionibus *l. 17. D. h. t.* Ita soluto a possessore indebitum. Quid, si debitum solverit? hoc si hereditatis nomine solverit: non est causa, cur heres quem liberavit, id imputari sibi nolit. Optime Antoninus *l. 5. C. h. t.* Verba Antonini: *De hereditate quam bona fide possidebas, si contra te pronunciatum est: in restitutione ejus detrahatur quod creditoribus ejusdem hereditatis exolvisse te bona fide probaveris: nam repeti a creditoribus qui suum receperunt, non potest.* Esto sic in possessore bonæ fidei, de quo loquitur Antoninus. sed de possessore malæ fidei quæris; nihil muto: cum vel huic liceat, sicut unicuique alii, pro alio etiam invito, solvere, id est, eum debito liberare, eoque ejus conditionem facere meliorem *l. 23. & l. 24. D. de solut.* Rem dixi: nisi adhuc tollenda difficultas una aut altera, quam offundunt Antonini verba. prior est: quod is diserte loquitur de possessore bonæ fidei: nihil autem addit de possessore malæ fidei. Sed noli facere argumentum a contrario: non enim est, qua de agitur, Lex generalis: ne putes. tantum est Rescriptum ad factum, a quadam Posthumiana Antonino oblatum: in quo illa, ut erat bonæ fidei possessor, hereditario nomine solutionem fecerat bona fide. de hoc igitur casu, de quo solo consultus fuit, ut par erat, rescripsit Antoninus: idem etiam de contrario casu si fuisset consultus, rescripturus fuit. Altera difficultas est, unde conjiciatur, (quod dixi) in *d. l. 5.* verti, solutionem a possessore factam fuisse nomine hereditario: cum illa in lege ejus vestigium nullum reperiatur. præbet tamen argumentum conjecturæ meæ subjecta ratio: *Nam repeti a creditoribus qui suum receperunt, non potest.*

Hæc certe ratio evincit, ab Antonino tractari casum in quo non potest possessor solutum a creditoribus qui suum receperunt, repetere; & ideo habet jus ab hereditate hoc deducendi. quod aliter est, ubi quis falso putans se heredem creditori hereditario, quasi ipse debeat, suo nomine solvit: tum enim neque verus heres liberatur, & is quod dedit, repetere potest; quamvis sic creditor accipiat sibi debitum; tantum quod is qui dat, non debitum dat *l. 19. §. 1. l. 65. §. ult. D. de condict. indeb.* Hoc, si possessor debitum hereditatis creditoribus hereditariis solvit hereditatis nomine. Restat, quid juris sit: si suo nomine solvat. Ea quæstio explicatur ab Ulpiano *l. 31. D. h. t.* Erat vero dubitatio: quod possessor debitum solvens suo nomine, petitorum hereditatis non liberat ipso jure: certo, solventem suo nomine quod alius debet, debitorem non liberare; eo quod non voluit eum liberare. placuit tamen Ulpiano, possessorem, si quid creditoribus suo nomine solvit, id petitori reputaturum: modo malit, solutum apud creditorem remanere, quam ab eo quasi indebitum condicere. tum enim quamquam petitorum ipso jure non liberavit a creditoribus hereditariis: utique liberavit eum per exceptionem doli mali: non patiente bona fide, idem a creditore bis exigi *l. 57. D. de reg. jur.* nullo discrimine, utrum ipso jure tutus sit petitor, an per exceptionem *l. 112. D. eod. tit.* Hoc ex Juliano Ulpianus *d. l. 31.* in utroque possessore tam malæ, quam bonæ, fidei: maxime, si malæ fidei possessor paratus sit cavere, petitorum a se defensum iri. quod a bonæ fidei possessore non desideratur: quia huic sufficit, si paratus sit, indebiti conditionem quam adversus creditores habet, petitori cedere. cæterum non est locupletior factus, eoque non ulterius Senatusconsulto tenetur *d. l. 31.* Malæ fidei possessor contra non potest cedere indebiti conditionem: quia ut sciens quod non debebat solvit, sic non habet conditionem. tenetur igitur, quod superest, cavere, petitorum adversus creditores a se defensum iri. petitor etiam, si a creditoribus conveniatur, ut potest subtili jure, exceptione uti debet *d. l. 31.*

Postremus Senatusconsulti versus est: *Petitorum autem fisco hereditatem ex eo tempore existimandum esse, quo primum scierit quisque eam a se peti, id est, cum primum aut denunciatum esset ei, aut literis vel epistolis evocatus esset censuerunt.* Ad hanc clausulam in *§. 11. l. 20. h. t.* extat justus Ulpiani commentarius, nec quæres aptiorem aut pleniorum.

T I T U L U S IV.

Si pars hereditatis petatur.

Post actionem quam proposuit Prætor ei qui ad se solum hereditatem pertinere contendit, consequens fuit, & ei proponere qui partem hereditatis petiit *l. 1. D. h. t.* quia alicubi est differentia, ut eodem redeant pleraque. Verba autem Prætoris sic restitui posse, mihi persuadeo. *Si pars hereditatis petatur: ei qui eam partem suam esse dicet, adversus eum qui eam pro herede vel pro possessore possidebit, judicium dabo: ut ea pro indiviso restituatur. Interdum causa cognita, etsi incerta pars petatur, judicium dabo.* Prima verba, *Si pars hereditatis petatur,* desumpsi ex Rubrica. Sequentia, *Ei qui eam partem suam esse dicet,* extant *l. 1. §. 1. D. h. t. & l. 10. §. 1. D. de petit. hered.* Hæc, *Adversus eum qui eam pro*

herede vel pro possessore possidebit, attingit *l. 10. D. h. t.* Illa, *Ut ea pro indiviso restituatur,* indicat *l. 7. D. h. t.* Versus ultimus, *Interdum, causa cognita, etsi incerta pars petatur, judicium dabo,* colligitur ex *l. 1. §. ult.* Primis verbis indicat Prætor, quando faciat huic actioni locum. nempe, si pars hereditatis petatur: id est, pars certa. oportebat enim petitorum, si non totam peteret hereditatem, designare, quantam peteret partem: ut sciret possessor partem de qua lis esset, & quam eum oporteret restituere: non minus debebat Judex intelligere partem, de qua esset cogniturus, & pronunciaturus. Pollicetur igitur Prætor hanc actionem, si pars hereditatis petatur, sit tamen interdum; ut, qui hereditatem totam

tam suam dicit, non ad totius, sed tantum ad partis, petitionem admittatur. fac: aliquis petit, totam hereditatem suam esse; possessor dicit, se partem cedere, & de parte velle litigare: quia dicit, se pro parte heredem esse. quæritur, an sit audiendus? proponit hanc quæstionem Julianus in *l. 8. D. h. t.* quæ est conjugenda cum *l. 21. D. de reb. cred.* cum utraque sit ex ejus lib. 48. Digestorum, intelligitur autem ex ea conjunctione: quod in proposita specie a quibusdam fuit dubitatum: eo quod recepta jure nostro non est particularis solutio, invito creditore: sed ut totum debetur, facienda est totius solutio: parato creditore, totam accipere. eodem modo non tenetur fundi partem iudicio persequi, qui fundum totum suum dicere potest. & sane ita est in *l. 41. §. 1. D. de usuris.* si ea oblatio fiat alias, quam ex justa causa apud Prætorem, resistente juris subtilitate: cæterum visum Juliano, Prætorem, cujus officium est in jure, ubi iudicium constituitur, lites imminuere, humanus in utraque causa facturum, si actorem compulerit ad accipiendum id quod offeratur & tantum de reliquo litigare *d. l. 21.* similiter igitur in proposito permitendum, inquit, erit possessori hereditatis, partem quidem hereditatis defendere, partem vero cedere. nec enim prohibet, aliquem totam hereditatem possidere, & partem scire dimidiatam ad se pertinere, de altera parte controversiam non facere *l. 8. D. h. t.*

Porro ait Prætor, *Ei qui eam suam esse dicet.* Dat igitur Prætor hanc actionem ei qui potest dicere, partem quam petit, suam esse: id vero potest deum facere qui potest probare, eam partem sibi esse & delatam, & acquisitam. quid si speretur fore, ut adquiratur? non potest peti: quia nondum potest eam suam dicere. igitur si petat, frustra petit, etsi deinde adquisierit: quippe cum placeat, iudicium non posse esse in pendentia. *l. 35. D. de iudiciis.* atque hoc voluit Gajus *l. 2. D. h. t.*

Datur igitur ex hoc Edicto actio ei qui potest dicere, partem certam hereditatis quam petit, suam esse. quid, si incertam petat partem? sic ait Ulpianus *l. 1. §. ult. D. h. t.* Interdum Prætor incertæ partis hereditatis petitionem indulget, idoneis causis intervenientibus, ut puta, est defuncti fratris filius, sunt & uxores defunctorum fratrum prægnantes: quam partem fratris filius hereditatis vindicet, incertum est: quia quot edantur fratrum filii, incertum est. æquissimum igitur est, incertæ partis vindicationem ei concedi. Non audenter itaque dicitur, ubicumque merito quis incertus est, quam partem vindicet, debere ei incertæ partis vindica-

tionem concedi, at enim in rerum natura nec hic quidem incerta res est. sed pulchre Paulus *l. 28. §. ult. D. de iudiciis* que est ex lib. 17. *Ad Plautium*, non esse in proposito intuendam rerum naturam in qua omnia certa, cum futura utique fierent: sed nostram inscientiam adspici debere. Sunt igitur partes jam nati heredis, aliis nascituris, incertæ. ideoque placuit Antiquis, (ut eodem lib. 17. *Ad Plautium* refert Paulus *l. 3. D. h. t.*) vel hac in specie, si non in totum, utique quatenus licebat, remedio jus ad certum adducere, cum intelligerent, esse e re liberi ventris, ita ei prospicere, ut in tempus nascendi omnia ei jura integra reservarentur; nec minus æquum esset, jam natum suam partem, etsi incertam, interim vindicare. nimirum placuit illis, perinde rem accipere, ac si prægnans mulier esset paritura liberos tres: desumpto remedio ab eo quod aliquando viderent fieri, etsi possent nasci plures, etiam pauciores. in eo igitur incerto frequentes ad hoc decurrerunt temperamentum, dum pariat mulier: nam post editum partum non placuit ad eam stari definitionem: sed quod factum, ex rei veritate æstimari. prorsus, ut si plures essent nati, plures constituerentur partes: si pauciores, partes etiam fierent pauciores jure quasi ad crescendi *l. 4. D. h. t.*

Sequitur in Edicto, *Adversus eum qui possidere dicetur.* Ex his verbis apparet, hanc actionem, cum sit in rem, dari adversus eum qui pro herede vel pro possessore possidet vel hereditatem totam, vel ejus partem, vel jus, vel rem aliquam, licet minimam. nam petitor non ex eo metitur quod possessor occupavit, sed ex suo jure *l. 1. §. 1. D. h. t.* ei vero Judicis officio solum restituitur hoc, quod adversarius possidet, aut totum, si ex asse sit heres, aut pro parte ex qua heres est *l. 10. §. 1. D. de petit. hered.* Sed hoc, & præterea, quid sit pro herede, prove possessore possidere, pluribus demonstravi superiore Titulo. Unum adde sis, quod ait Ulpianus *d. l. 1. §. 2. D. h. t.* & erit tanti, addidisse.

Exitus hujus actionis quisnam sit; ex superioribus ultro intelligitur. nempe, ut, si pareat, hereditatem pro certa parte esse petitoris, pro ea parte ejus esse declaratur, & jubeatur possessor quod ex ea est apud ipsum, petitori pro indiviso restituere. In quo placuit Juliano *l. 7. D. h. t.* petitionem partis hereditatis distinguere ab actione familiæ exciscundæ.

TITULUS V.

De possessoria hereditatis petitione.

Quo pertineat hic Titulus, ostendit Ulpianus *l. 1. D. h. t.* ait ille, ordinarium fuisse post civiles actiones heredibus propositas, Prætorem etiam habere rationem eorum quos ipse velut heredes facit: videlicet data bonorum possessione: eo quod non potest hereditatem jure civili dare eis qui jure civili non sunt heredes: & tamen quum æquum esset, eos non negligi jure naturali, quod

non erat vetitum jure civili, dat eis bonorum possessionem, id est, mutato vocabulo, idem jus quod habituri essent, si jure civili heredes essent. De his agitur lib. 37. & 38. interim his proposita hic a Prætore fuit utilis hereditatis petitio: quæ in Rubrica vocatur possessoria hereditatis petitio. Formula Edicti videtur talis fuisse: *Cui ex Edicto meo bonorum possessio data erit, illi, si eam suam esse petet,*

petet, adversus hunc, qui pro herede prove possessore possidebit, iudicium dabo, ut restituatur. Hæc formula. & ait Gajus l. 2. h. t. per hanc hereditatis peti-

nem tantumdem consequi bonorum possessorem, quantum superioribus civilibus actionibus heres consequi potest.

TITULUS VI.

De fideicommissaria hereditatis petitione.

EX ordine occurrit actio quæ proponitur his quibus ex Senatusconsulto Trebelliano restituta est hereditas: alio eam pro herede aut pro possessore possidente. fundamentum ejus: quod fideicommissarius eam suam dicere potest: non quidem civili, sed Prætorio, jure. recte igitur vel ei providit Prætor fideicommissaria, id est, utili, hereditatis petitione. Hoc vult Ulpianus l. 1. h. t. quisquis, inquit, suscepit restitutam hereditatem ex Senatusconsulto ex quo actiones transeunt, quod dixisse Trebellianum, eum fideicommissaria hereditatis petitione uti posse. Secundum hoc liceat mihi, ita concipere Edicti formulam: *Si hereditas petatur: ei cui ex Senatusconsulto ex quo*

actiones transeunt, ea restituta erit, adversus eum qui eam pro herede, prove possessore possidebit, iudicium dabo, ut restituatur. Hæc vero actio (quod notat Paulus l. 2.) eadem recipit quæ hereditatis petitio: id est, directa vel civilis hereditatis petitio. Ulpianus quoque observat l. 3. nihil interesse, mihi quis rogatus fuerit restituere, an ei cui heres extiti; sed & si heres, cui extitisset. (&) si bonorum possessor sim ejus, cui fideicommissaria hereditas relicta est, per hanc actionem experiri me posse. plane §. 1. d. l. 3. ait Ulpianus, sciendum esse, hanc actionem non competere adversus eum qui restituit hereditatem. cæterum mihi dati has actiones quæ heredi & in heredem competunt.

LIBER SEXTVS.

TITULUS I.

De rei vindicatione.

Eriem Tituli indicat Ulpianus l. 1. D. h. t. sic scribens: *Post actiones quæ de universitate propositæ sunt, subjicitur actio singularum rerum petitionis.* Cum dicit actionem petitionis, speciem conjungit generi. nam actio est generale verbum: continens & conditionem & petitionem. dicitur vero actio petitionis: sicut in l. 1. C. de condict. indeb. legitur actio conditionis. sed plerumque petitio dicitur simpliciter, etiam vindicatio, petitio a petendo: vindicatio a vindicando. petere est generale vocabulum; ut vindicare. Utrumque idem valet, quod asserere. igitur petere suum esse l. 11. §. 2. D. de except. rei judic. & vindicare suum esse l. 66. h. t. l. 6. §. 2. D. de confessis idem sonant: suntque ea generalia verba. adeo Scævola ait, pignus vindicari: cum petitur actione quasi Serviana l. ult. D. de pign. act. Ulpianus vero dixit, manumissum vindicari in libertatem l. 3. D. de liberal. caus. jam servitutem vindicari, ostendit Rubrica D. Si servitus vindicetur. quemadmodum usumfructum peti, dicit Titulus, *Si ususfructus petetur.* igitur vindicatio, sicut petitio, est commune verbum omnium actionum in rem. sed præsens Titulus non est de vindicatione in genere; sed de rei vindicatione, id est, de vindicatione domini, seu proprietatis rei corporalis, & singularis. eam porro vindicationem oportet accipi cum effectu juris: ut vindicare sub hoc Titulo non sit nude asserere & petere: sed præterea auferre, tollere, abducere. nam is finis vindicationis. l. unic. D. Si quis jus dic. non obtemp. sicut & assertionis. optime Varro, lib. 5. De ling. Latina, p. 40. *Adferre manu in libertatem cum adprehendimus.* Ab eodem fonte est hoc Ovidii, lib. 2. Amor. Eleg. 5.

Injiciam dominas in mea jura manus.

Satis de serie & explicatione Tituli. transeo

ad Edictum: quo complexum rei vindicationem fuisse Prætorum, colligitur ex Ulpiani, Pauli, & Gaji libris Ad Edictum sub hoc Titulo. ipsum tamen Edictum desideratur. sententia videtur talis fuisse. *Si quis rem suam esse vindicabit, neque ea res arbitrio Judicis ei restituetur, adversus eum qui eam possidere dicitur, iudicium dabo.* Ex his verbis apparet, rei vindicationem tum locum habere, si quis rem suam esse dicet. dari vero huic qui id dicet, adversus possessorem: ut arbitrio Judicis restituatur. Hæc Edicti summa: quam per partes explicabo. Primum datur rei vindicatio: si quis rem suam esse dicet. Verbum, *Rem*, indicat Rubrica, *De rei vindicatione.* etiam l. 1. & l. 6. D. h. t. Rei porro appellatio late patet: complexa quippe omne quod est in rerum natura: sive tangi potest; sive animo intelligitur. ita res est vel corporalis, vel incorporalis. illa res est; sive in cogitationem nostram incidit; sive ab ea removeretur. hæc demum, si cogitatione nostra formatur: alioquin caret substantia. Sed Prætor vocat rem quæ est: non quæ intelligitur. nec jura exaudit; sed corpora §. 1. Inst. de action. sive sint mobilia, tam animata, quam anima catentia; sive sint soli l. 1. §. 1. D. h. t. id est, immobilia. Mitto nostros: sic Seneca lib. 2. Nat. quest. c. 1. Res incorporales, ut servitutes, hoc Edicto non comprehendi, est argumentum. quod separata actione vindicantur infra. lib. vii. & vii. 11.

Idem de generibus Seneca, Epist. § 8. *Genus*, inquit, *nec visu nec tactu, nec ullo sensu comprehenditur. cogitabile est quod generaliter est, tamquam homo generalis sub oculis non venit, sed specialis venit, ut Cicero, Cato.* Rei igitur appellatione in Edicto sola veniunt corpora, singula; nostri species vocant, Philosophi individua. genera non veniunt l. 6. l. 1. D. h. t. Interim potest fieri: ut res una plures contineat. item, ut res plures habeant unius imaginem, utile

utile erit, hoc intelligi ex Pomponio : facit is in *l. 30. D. de usurp. & usucap.* & ante Seneca, *Epist. 102.* tria corporum genera. Primum sunt eis corpora continua, unū spiritu constantia : ut tignum, homo, lapis, ovis. talia corpora sunt singula, & quæ talia habent vindicationem. Deinde sunt corpora coherencia, horum plures sunt partes : sed conjunctæ, unum efficiunt corpus, domum aut navem, verbi gratia. inde ut tigni & hominis; sic domus & navis, vindicatio est : nec harum membra petimus, sed corpus. nam & domus & navis, quamdiu coherant universa, quodammodo uno spiritu continentur. Sic in nave. non idem in armamentis navis. armamenta Latinis sunt quævis instrumenta, ad rem exercendam tuendamque necessaria. Hoc sensu vinearum armamenta dixit Plinius *lib. 17. Hist. nat. c. 21.* pro pedamentis, perricis. palis, vinctis, aliisque instrumentis ad vineæ culturam paratis, Eodem modo navis armamenta sunt remi, funes, anchoræ, similia, apud Suetonium *Augusto c. 17.* & Julianum *l. 6. D. De leg. Rhod.* Igitur armamenta a nave separata, singula erunt vindicanda, scapha quoque separatim vindicabitur *l. 3. §. 1. D. h. t.* quia scapha non coheret navi. imo est navis parva, sed separata : sicut remi & contri, aliaque consimilia navis armamenta, ei non coherencia, non sunt navis membra, neque navis nomine continentur : quando navis, vel exarmata, navis est. omnia contra navi juncta, veluti gubernacula, malus, antennæ, velum, quasi navis membra sunt *l. 44. D. de eviction.* Tertium genus corporum consistit ex distantibus capitibus : ut grex. & hic potest uno vindicari nomine : quia ut plura sint in grege capita, nihilominus universa uno continentur nomine & corpore *l. 1. §. ult. D. h. t.* possunt tamen ex grege etiam singula capita separatim vindicari : ut natura sunt diducta ; licet nomine ac jure jungantur *l. 23. §. 5. D. h. t.* Hoc in grege. quid in peculio ? ait Julianus *l. 56. D. h. t.* non ut gregis, ita peculii, vindicationem placuisse : igitur oportere eum cui peculium sit legatum, non peculium, sed singulas res, petere. id tam varie : quia grex designat universitatem corporum uniformium. peculium contra etiam jura & nomina continet. quod si hæc nulla habeat : tamen possunt in eo esse omnis generis corpora, tam soli, quam mobilia, tam animalia, quam anima carentia : corporum vero & rerum tam dissimilium conjunctio, vix est, ut unum, idque certum, corpus efficiat.

Sed apparet, rei appellatione significari a Prætoribus res singulas, seu corpora singula : ac proinde oportere in rem acturum designare, utrum totam, an partem & quotam petat : nempe, ut intelligat reus, quid petatur; & Judex de quo debeat cognoscere; simul quid ejus arbitrio petitori restituendum sit. primum oportet rem a petitore designari : ac modum exemplis declarat Paulus *l. 6. D. h. t.* quæ ibi possunt videri. tantum notabo, ibi voculam, *Nam*, non indicare causam : sed habere vim incipiendi : ut alibi *lape*. jam ad verficulum, *Si nomen*, adjicienda *l. 5. §. 4. & 5. D. h. t.* Præterea debet petitor designare; utrum totam petat rem, an partem, & quotam *d. l. 6.* quod si totam petat, ab eaque absit ususfructus : quæsitum fuit, an recte agat : quia poterat quæri, utrum tota sit, an pars absit. ea quæstio tractatur a Paulo *l. 25. D. de verb. signif.* conjungenda cum *d. l. 6.* cum utraque sit ejusdem argumenti, & ex eodem Pauli *lib. 21.* Ad Edictum. sensum

exposui *lib. 1. De usufructu c. 2.* ubi vide, si lubet. Similis dubitatio est, partem quemadmodum intelligamus; pro diviso, an pro indiviso? de parte pro diviso nullus labor : quia divisione definit pars esse, & fit totum. de parte pro indiviso videamus. sed & hanc vindicari, refert Paulus *l. 25. §. 1. D. de verb. signif.* modo exprimat actor, quotam petat partem *l. 8. D. h. t.* quotæ enim expressione pars quæ incerta erat, ad certum admoveatur. plane, si justa interveniat causa : putat Gajus, esse vindicationem partis etiam incertæ; & hoc probat exemplo *l. 76. §. 1. D. h. t.* cui addi potest alterum ex Ulpiano *l. 3. §. ult. D. d. t.*

Dixi, quando detur rei vindicatio. quæris, cui detur. Et hoc Prætor comprehendit superioribus verbis, *Si quis rem suam esse dicet.* Indicatio *l. 25. D. de oblig. & act.* atque inde *lis dominii* pro rei vindicatione *l. 18. D. de usuris.* Sic apparet, rei vindicationem domino consulere, amissa possessione. solus enim rem suam dicere potest dominus, non autem refert Prætoris : utrum jure civili, an jure gentium, suam dicat. *l. 23. D. h. t.* Non erat ita ex Lege Duodecim Tabularum. hac oportebat rem peti ex jure Quiritium. vestigium vetusti juris apud Ciceronem, *Pro Murena. c. 12.* sed antiquitari derogavit usus juris : inventa a Jureconsultis utili actione pro vindicando dominio bonitario : cum directa vindicaret Quiritarium. utramque Edicto inclusit Prætor. inde quocumque modo quis suam rem esse dicat, eo modo rem suam vindicabit. cæterum quibus modis dominium adquiratur aut jure gentium aut jure civili, alibi traditum. hic sufficit, rem alterutro jure esse ejus qui vindicatione uti volet, quod si non sit : ea agere non potest.

Et ideo placet Paulo, loca sacra aut religiosa hac in rem actione non peti quasi nostra *d. l. 23. §. 1.* quia sunt divini juris : in bonis autem nullius *l. 1. D. de rer. divis.* Sed bene habet : quod Paulus non de fundo loquitur, sed de loco, sacro aut religioso. nam locus est non fundus, sed portio aliqua fundi : fundus autem integrum aliquid est *l. 60. D. de verb. signif.* porro loci religio nihil mutat de jure fundi. vindicari igitur potest fundus, in quo sit locus sacer aut religiosus. locus talis vindicari non potest principaliter : per accessionem fundi potest. quomodo separatim prohibetur vendi : per accessionem fundi non prohibetur vendi *l. 22. & 24. D. de contrah. empt.*

Similiter ait Ulpianus *l. 1. §. 2. D. h. t.* per hanc actionem liberas personas juris nostri, ut puta, liberos qui sunt in potestate, non peti : quia non æque sunt in dominio, ut servi. imo *tit. x1. §. 5.* ait, eos habere caput vere liberum : si jus gentium spectemus; etiam, si rempublicam. nec tamen id impedit : ne filius cum suo patre comparatus jure civili, sit pars familiæ ejus; ibique non minus sit in patris, quam servus in domini potestate. habet enim pater in eum jus vitæ & necis, sicut dominus in servum : præterea manumittit eum pater intervenientibus venditionibus imaginariis, tamquam servum dominus. Hoc modo Lactantius *lib. 4. Divin. Inst. c. 3. Dominum*, inquit, *eundem esse qui sit pater etiam juris civilis ratio demonstrat.* Igitur quid obstat, ne pater vindicet, suum esse filium : non simpliciter, ut ceteræ res ex hoc Edicto vindicantur : sed (quod observat Ulpianus *d. l. 1. §. 2.*) adjecta hac causa ex jure Romano. nam eo suum esse, vel in sua potestate esse, recte vindicare potest : cum potestas patria sit

fit juris civilis, non juris gentium, ceteræ igitur res, ut servus, a domino simpliciter possunt vindicari, vel gentium, vel civili jure *l. 23. D. h. t.* sed filius tantum potest vindicari ex jure Quiritum: quia non alias est in potestate: id est, in jure patris, ut Ulpianus loquitur *d. l. 1. §. 2. & Paulus l. 2. §. 2. D. de interdictis.*

Utrumque erit: liquet, rei vindicationem ei concedi soli qui rem quam petit, suam esse dicet gentiū aut civili jure. quid si ei cohæreat res alterius? puta: alienum brachium est junctum statuae Titii. an Titius petet, suam esse totam statuam? ait Paulus *l. 23. §. 2. D. h. t.* si brachium ita sit statuae junctum, ut ejus pars sit, Titium effici dominum totius statuae; vereque suam dicturum: statuam atque ita plerisque sensisse. Cum ait, *plerisque*, accipe Proculianos: quorum sequens fuit definitio, In quibus propria qualitas spectaretur, si quid adderetur, id toti cedere, veluti accessionis jure. extat ea definitio *l. 26. §. 1. D. de adq. rer. dom.* & adscribitur ibi Proculo. est vero causa prævalentia: quam indicat Paulus *d. l. 23. §. 4.* & addit, Quotiens res mea tuam trahit per prævalentiam, dominium rei tuæ tibi extinguī, & ad me transire. igitur non tuam, sed meam, esse vindicationem. quod si statuam sis bona fide nactus, ego eam vindicem: te pretium ejus quod accessit, recte petiturum per exceptionem doli mali. Idem scribit Paulus *d. l. 23. §. 2.* si quid in charta mea scribatur, aut in tabula pingatur: nam & hoc meum fieri jure accessionis: sed de pictura quosdam contra sensisse. Hi qui? Sabiniani. qui, considerato picturæ pretio, credebant, ridiculum esse, manum Apellis vel Parrhasii, in accessionem vilissimæ tabulæ cedere. sed Paulus stat a parte Proculi: necesse, inquit, esse, picturam cedere tabulæ: quod sine illa esse non potest. verum media obtinuit sententia existimantium, utrique dandam esse actionem: pictori directam: domino utilem. meminit Gajus *l. 9. §. 3. D. de adq. rer. dom.* & ex eo Justinianus *§. 34. Inst. h. t.* ipse tamen Gajus aliter *lib. 2. Inst. tit. 1.* nisi interpolatus alicui ab Aniano, aut a Triboniano, videatur is Gaji locus. quod relinquo in medio: arbitratus, in re facti non esse ratiocinationi indulgendum: ne doceatur quod non potest probari.

Ut ut erit: quod in pictura obtinuit, singulare jus est; & ideo non trahendum ad consequentias: nec statuam, huc enim redeo, vindicabit is cujus brachium est junctum statuae meæ: quia non dicet suam statuam; nec magis suum petet brachium quod cohæret meæ statuae. solum ei permittitur forte possidenti statuam, brachii pretium exigere exceptione doli mali. hoc plus ei licebit agere actione ad exhibendum; ut brachium a statua separaretur, & sic vindicaretur. nam ut separatum definit esse pars meæ statuae, ita definit esse pars mei domini, & ad te revertetur quasi jure postliminii: si per applumbaturam, id est, per plumbum liquidum, facta sit conjunctio. nam si contigerit per ferruminationem, id est, per eandem materiam, diversum jus est: ferruminatione per eandem materiam faciente confusionem: plumbatura non item. postremo placet, brachium ferruminatione junctum statuae meæ, consumi unitate majoris partis, & semel alienum factum, etiam inde abreptum, ad priorem dominum redire numquam. eo igitur casu ait Paulus *d. l. 23. §. 5.* necessariam esse actionem in factum, ut pretium detur; eamque actionem etiam ob-

tinere in omnibus similibus speciebus, in quibus neque ad exhibendum, neque in rem actio, locum habeat.

Sic in statua, id est, in corpore unito. idem jus est in corporibus cohærentibus: ut in ædificio. id si struxerim ex aliena materia, ego quidem meum vindicabo, quamdiu cohæret meo solo: at materiae dominus suam tantisper non vindicabit: quia tantisper suam non dieet. an tamen vel hic ager ad exhibendum; ut materia separaretur, & deinde vindicaretur? non puto. quæ ratione? quia intercedit palam Lex Duodecim Tabularum: vetans, tignum alienum ædibus junctum solvi; nempe, ne urbs ruinis deformetur. quid ergo? posita hac Lege est actio de tigno juncto in duplum: si tignum furtivum sit *d. l. 23. §. 6.* alioquin recepta est actio in factum in simplum: semper obtinens, ubi neque ad exhibendum, neque in rem, actio locum habet; ut monui modo ex *d. l. 23. §. 5.* Cæterum, si alia ex causa dirutum sit ædificium, materia in pristinam causam revertitur *d. l. 23. §. ult.* nec jam est, cur non a domino vindicaretur; etsi duplum acceperit: cum præsertim duplum totum pœna sit, neque ei insit simplum, id est, pretium; eoque rei vindicationem quæ rem persequitur, extinguat: verante generali regula in concursu actionum recepta. quid regulam allego? palam Ulpianus *l. 2. D. de tigno juncto.* Sed si, inquit, proponas tigni furtivi nomine actum: deliberari poterit, an extrinsecus sit rei vindicatio? & esse non dubio. Sic Ulpianus: si vere, ut non debet dubitare cui sana mens est; laborant hæc Justiniani verba in fine *§. 29. Inst. de rer. divisione:* Quod si aliqua ex causa dirutum sit ædificium, poterit materia dominus, si non fuerit duplum jam consecutus, tunc eam vindicare, & ad exhibendum de ea re agere. Scribo: Quod si aliqua ex causa dirutum sit ædificium: poterit materia dominus, tunc eam vindicare, & ad exhibendum de ea re agere. Cætera verba, si non fuerit duplum jam consecutus, sunt Interpretis imperiti, mea sententia, atque eo veriore: quia is locus est descriptus ex Gajo. *l. 7. §. 10. D. de adq. rer. dom.* ubi sic extat. Ergo si aliqua ex causa dirutum sit ædificium, poterit materia dominus nunc eam vindicare, & ad exhibendum agere. Verba illa, Si non fuerit duplum jam consecutus, hic desunt. quid ni igitur desint in *d. §. 29.* id est, in exemplo: cum nulla sint in exemplari? sed hoc emendationi meæ convenit.

Restat, ut de grege videamus. is facit corpus distantium capitum; ut supra dixi. ideoque si meus grex sit; aries in grege tuus: possum gregem vindicare; nec tamen in restitutionem venit aries. æque jus est tibi, arietem vindicare; licet grex non sit tuus. ita Paulus *d. l. 23. §. 5.* simile habet Ulpianus *l. 3. D. h. t.* sed hic variat lectio: vulgata Accursii editio pro, totidem capita aliena, habet, totidem alia capita: eadem editio deinde subjicit, vel aliena ab eo qui bona fide, &c. at manu scripti libri legunt, vel qui bona fide: expunctis verbis, aliena ab eo. quid, si grex sit decem capitum: & altera pars sit mea, altera tua: ita par utriusque numerus. utri dabitur gregis vindicatio? Paulo *l. 2. D. h. t.* placeat, neutri dare. nempe, quia non est utriusque grex communis; cum sua cujusque sint capita; nec possit communis dici grex: cujus capita non sint communia. quid ergo est? vindicanda utrique sunt singula capita. quod si alter majorem habeat numerum; ut detractis alienis, adhuc si gregem vindicaturus: recte suum vindicabit gregem quem ante

re habuit: quamquam sic; ne aliena capita in restitutionem veniant. Major numerus est, magnus: comparativo gradu sumpto pro positivo: ut saepe alibi.

Ut absolvamus viam quam ingressi sumus: apparet, rei vindicationem soli domino dari: quia solus potest dicere, rem suam esse civili aut gentium jure: & huic demum Prætor rei vindicationem pollicetur: utique intendenti, se tum, cum rem petit, ejus dominum esse. nam si aliquando fuit dominus, sed esse desit: jam non potest dicere, suam rem esse, & ideo non promittitur ei a Prætoris vindicatio *l. 41. D. h. t.* Cæterum, ubi est dominus; nihil refert, utrum perpetuum habeat dominium, an abiturum aliquando. sufficit enim Prætori, interim dominum esse: quia tantisper potest dicere, suam rem esse: etsi futurum sit, ut id dicere non possit; cum desiturus erit dominus esse. Paulus *l. 66. h. t.* sic expedit: *Non ideo minus recte quid nostrum esse vindicabimus, quod abire a nobis dominium speratur, si conditio legati vel libertatis extiterit.* Ait, *speratur*, pro *credetur*. quomodo spero pro credo apud Terentium *Eun-cho* 5. 3. 11. Donato interprete. aliis sperare est, timere. sed prius mavult Vir Eruditissimus, G. J. Vossius *lib. 4. Inst. Orat. c. 12. p. 644.*

Tempus est videre, adversus quem competat rei vindicatio. Hunc designat Prætor; pollicitus, judicium date *Adversus eum qui eam possidere dicitur.* Auctoritatem huic parti præbet Ulpianus *l. 25. D. de oblig. & act.* nec minus Diocletianus & Maximianus *l. unic. C. de alien. judic. mut. caus. fact.* in qua legendum *Cum in rem actioni possessio pariat adversarium:* ut alibi monui. Datur igitur rei vindicatio domino rem suam adversus possessorem vindicanti. utique, si hic contra vindicet rem suam esse. imo, etsi non sic contra vindicet. simpliciter enim Prætor, judicium, inquit, dabo adversus eum qui possidere dicitur: nec hujus contravindicationis desiderat. olim fuit aliter: & contravindicationis meminit Imp. Justinianus §. 1. *Inst. de actionibus*, puto, ex regulis juris: nam de civili actione ex Duodecim Tabulis profecta, eum loqui, apparet ex §. 3. mox sequente. nec ignoro vestigium ejus ritus apud Plautum *Rudent. act. 4. sc. 3.* & Ciceronem *Pro Murena*: sed hunc ritum ab utroque, tamquam supervacuum, ut re vera fuit, derideri mihi persuadeo. Prætor certe eum neglexit hoc Edicto: quomodo familiæ emancipationem in testamentis jure civili seceptam, pro vana explosit: contentus in Edicto de bonorum possessione secundum tabulas, testamentum esse signatum septem testium signis §. 2. *Inst. de testam. ordin.* Ita nunc sufficit, reum a quo res vindicatur, esse possessorem; ab eoque negari, petitorum esse dominum: prorsus, ut petitor non probante, se dominum esse, possessor, etsi nihil probet, absolvatur; inque suo loco maneat possessio. Sed hoc clare *l. 2. C. de probat. l. ult. C. h. t. §. 4. Inst. de interdict.* Dat igitur Prætor domino rei vindicationem adversus possessorem: & quia nihil adjicit, erit officium Judicis in hac actione, inspicere, an reus possideat: nec ad rem pertinebit, ex qua causa possideat: ubi enim probavi, rem esse meam, nisi objecta mihi aliqua sit exceptio, (cujus exemplum est in *l. 72. D. h. t. l. 4. §. 32. D. de dol. mal. & met. except. l. 17. D. de evictionibus*) necesse habebit possessor eam restituere *l. 9. D. h. t.* in eoque rei vindicatio distinguitur a petitione hereditatis: similiter quidem obtinente adversus possessores re-

rum hereditarium, sed demum, si pro herede aut pro possessore possideant; non si gaudeant speciali titulo *l. 11. C. de hered. petit.* optima distinctione: quia altera datur domino, altera heredi. æquum vero est, rem suo domino restitui, quisquis eam quocumque titulo habeat ab alio, quam a domino. at qui heres est, non utique est dominus: & potest fieri, ut quis pari aut etiam meliore jure possideat ex justo titulo, quam ab eo petat heres. est igitur titulus altera in specie edendus, in altera non est; quia in altera ut edatur, refert petitoris; in altera non refert.

Succurrit igitur Prætor rei vindicatione domino adversus qualemcumque possessorem. Dicitur autem possessor proprie is qui rem tenet animo sibi habendi. nam si eam non hoc tenet animo, ut velit eam sibi habere; is proprie non possidet. magis dicitur, in possessione esse, & detinere. eo in numero sunt colonus, commodatarius, depositarius, & similes *l. 10. §. 1. l. 18. D. de adq. poss.* hi tenent rem: non ut habeant sibi, verum ut alterius possessioni sua detentione præbeant ministerium. eaque ratione putaverunt quidam, (in quibus Pegasus fuisse refert Ulpianus *l. 9. D. h. t.*) tales hac actione non teneri: sicut nec in interdicto Uti possidetis, & Utrubi, possessorum appellatione comprehenduntur. at contra sedit Ulpiano, ab omnibus qui tenent & habent restituendi facultatem, peti posse: suadente Prætoris mente, ob similitudinem rationis; etsi verbi subtilitate refragante. Sic mihi videtur: & differentiam esse inter hoc Edictum & interdictum Uti possidetis & Utrubi. nam Edictum rei vindicationem domino dat adversus possessionem; interdictum vero Uti possidetis & Utrubi possessorem tuetur adversus eum qui non possidet *l. 1. §. 6. D. Uti possidetis.* alterum aufert possessori, alterum concedit. jam cui aufertur plus, ei facile aufertur minus: at cui minus conceditur, ei non æque majus conceditur. plus est, possessori auferre possessionem, quam colono detentionem. minus est, interdictum permittere ei qui possidet; quam id etiam permittere ei qui tantum tenet; non etiam possidet. atque hoc si est, ut est verissimum: æquum est, interdicto statari proprietati vocabuli; in Edicto non item: quia illic ut ampliatur, non finit mens Prætoris; hic contra. Sic Ulpianus; eique accedit *l. 2. C. Ubi in rem actio.*

Cæterum postquam placet, rei vindicationem dari adversus possessorem: commode observat Furius Anthianus *l. ult. D. h. t.* neminem compelli, eam actionem pati: præfatus, alicui licere dicere, se non possidere. fac: petitor adversarium in jure interrogat, an possideat. formula hæc est, *Quando te in jure conspicio, postulo, anne sis auctor.* Eam formulam Valerius Probus his comprehendit literis. Q. T. I. I. C. P. A. F. A. Sensus; anne sis ille a quo debeam meum jus persequi. is interrogatus si fateatur, tenet rei vindicatio: si tacet, obscureve responderet; pro negante habetur *l. 11. §. 7. D. de interrog. injur. fac.* ita restat, ut vincatur. quod cum fit: aufertur ei possessio; etsi petitor non probet, se dominum esse *d. l. ult.* nec inique; cum alter neget, se possidere: id est, fateatur, se non habere jus retinendi.

Datur igitur rei vindicatio domino adversus eum qui possidet. at quo tempore? tempore litis contestatæ, & tempore rei judicandæ. Sic Paulus in *l. 27. §. 1. D. h. t.* sed noli eum accipere; quasi putet, non sufficere, reum tempore rei judicatæ possidere; nisi etiam possederit tempore litis contestatæ. potius suadeam, sic intelligi Paulum; quasi

dicat, non esse satis, rem possidere tempore litis contestata: nisi etiam possideat tempore rei iudicatae. nam si quidem possideat litis contestatae tempore; cum autem iudicatur, possessionem amiserit sine dolo malo; absolvit eum Paulus. quod si non possideat tempore litis contestatae, quo autem iudicatur, possideat: ait Paulus, putavisse Proculum, Sabino forte contradicente, omnimodo condemnari eum oportere. Aliquis dicat, non videri in iudicium venisse quod post acceptum iudicium accidisset *l. 23. D. de iudiciis*: eoque nec ad officium Iudicis pertinere *l. 18. D. Commun. divid.* Sed hæc obiectio Proculi sententiam non infirmat: nam quod dicitur, in iudicium non venisse quod post acceptum iudicium accidisset, hunc habet sensum: non venisse in iudicium quod postea in iure petitoris accidisset. nam si is tempore litis contestatae non habuit jus petendi; causa cadit, etsi postea jus acceperit: quia non habuit tempore litis contestatae. quod si quis aliquid sui juris petiit ab alio qui id non possidebat, cum diceretur possidere: is utique rem sui juris in iudicium deduxit, si deinde possideatur: eoque erat ei restituenda tempore rei iudicatae: quia possideretur, & potest restitui. Exposui Proculi sententiam, approbatam a Paulo *d. l. 27. §. 1.* etiam ab Ulpiano, & tandem ab omnibus *l. 30. D. de peculio.*

Huc usque ostendi, quod rei vindicatio datur adversus possessorem. porro addam, aliquando etiam dari adversus eum qui non possidet; modo fecerit dolo malo, quo minus possideret. at hoc non venit ex Edicti verbis: (nam in his altum de eo silentium) sed receptum est per consequentiam Senatusconsulti: quo inductum est in hereditatis petitione; ut qui desit possidere dolo malo, quamvis ante litem contestatam, nihilominus pro possessore habeatur. sed hoc optime observavit Ulpianus *d. l. 27. §. 3.* & conveniet paritati rationis.

Idem jus est: si quis non possidat, sed interim se obtulerit rei defensionem: dicens, se possidere. nam is quia mentitus est se possidere; & petitorum decipit: deinde lite contestata, perinde ac si possideret, damnandus est: præsertim si actor ignoraverit, eum non possidere. nam si sciens eum non possidere, cum eo litem sit contestatus; contra dicendum est: quia magis ipse se decipit, quam deceptus est. Simile jus est, si quidem mentitus quis sit se possidere; sed mendacium ante litem contestatam corripit, re adhuc integra: nam nec tum decipit petitorum; nec videtur se qui discessit, liti obtulisse *l. 25. §. 26. D. h. t.* Nisi forte, cum a Titio vellem petere, aliquis dixerit, se possidere, & ideo se liti obtulerit, ut res interim a possessore usucaperetur. tum enim condemnandus est omnimodo: id est etiam si eum poeniteat. *l. 27. D. h. t.* Sit exemplum. aliquis voluit agere adversus Titium bonæ fidei possessorem. tu mendacio tuo fecisti, ne adversus eum ageretur. ita Titius implevit usucapionem. actori nocuit mendacium, etsi tu ante litem contestatam velis mendacium corrigere. quid ni igitur sis damnandus ei cui nocuisti? est tamen id tum maxime verum: si actor in re agenda protestatus sit, se cum Titio non agere ideo: quod tu diceres, non Titium, sed te possidere. cæterum te damnato ob tuum mendacium, adhuc poterit dominus rei vindicatione cum vero possessore experiri; si is usucapionem nondum implevit: nam ab illo vindicabit rem suam nondum usucaptam *l. 7. D. h. t.* a te vero qui mentitus es, accipiet quanti sua interest: quia tuo nomine tu damnatus es ob dolum proprium, non nomine possessoris.

Superest tradi, ad quid *danda sit rei vindicatio*: eademque opera, quod in ea sit Iudicis officium. de utroque sic Prætor: *Neque eares arbitrio Iudicis ei restituatur, iudicium dabo.* Verba hæc in oculis habuit Ulpianus *l. 9. D. h. t.* testatus, Iudicis officium in hac actione in hoc fore; ut inspiciat, an reus possideat: nec ad rem pertinere, ex qua causa possideat. Nec displicer adjectio, ubi probavi, rem meam esse, necesse habiturum possessorem, restituere qui non objecit aliquam exceptionem. Non magis dubito, quin his convenienter Justinianus *§. 31. Inst. de actionib.* inter cæteras actiones ab arbitrio Iudicis pendentes, quas arbitrarias vocat, etiam præsentem intelligat: & ut in aliis passim, sic in hac, velit Iudici permitti, ex æquo & bono secundum cuiusque rei, de qua actum est, naturam æstimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat. Sed ut ex solido intelligatur res sciri digna: primum accipe a Justiniano *§. 2. Inst. de officio Iudicis*, esse in proposito Iudicis officium, possessorem absolvere, si non pareat actoris intentio: & si pareat, declarare, rem petitoris videri. formula extrahitur *l. 35. D. h. t.* parique modo traditum *l. 8. §. 4. Si servus vindic.* servitutem actione confessoria petitam, Iudicis sententia non constitui, sed quæ est, declarari. In iudiciis divisoriiis, qualia sunt finium regundorum, familiæ erciscundæ, & communi dividundo, aliud obtinuisse, liquet in *§. ult. Inst. de offic. Iudic.* & plenius infra *lib. x.* Verum quod in præsentem dixi, est proprium rei vindicationis. Cæterum declarato in ea domino, ait in *d. l. 9.* Ulpianus, esse consequens Iudicis officio, jubere, rem petitam domino a possessore restitui, & statim; ac cessantem ad hoc condemnare. nisi si neget, in præsentem se posse restituere: & sine frustratione videbitur tempus restituendi causa petere. tum enim indulgendum ei esse, Justinianus censet: modo de litis æstimatione caveat cum fideiussore, si intra tempus quod ei datum est, non restituerit *d. §. 2.* Sic, si iusta allegetur causa, cur restitutioni non pareatur. at si iussus restituere, Iudici non pareat, contendens non posse restituere, & tamen habeat rem: ait Ulpianus *l. 68. D. h. t.* possessionem ab eo manu militari transferri, & fructuum duntaxat, omnisque causæ nomine condemnationem fieri. Quid, si res non possit restitui? finge, periisse aut amissam esse: ait Ulpianus *d. l. 1.* si quidem dolo malo fecit possessor, quo minus possit restituere, in quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum iuraverit, damnandum esse: ea ratione quam *lib. xi. r.* dabit Titulus, *De in litem iurando.* Quod si nec possit restituere, nec dolo fecit, quo minus possit? contra ait, non plus, quam quanti res est, id est, quanti adversarii interfuit, condemnandum esse: modo ejus culpa accusetur: qualiscumque sit, sive in faciendo consistat, sive in non faciendo. & sunt utriusque exempla in *l. 36. §. 1. h. t.* De fatali casu videamus. In hoc oportet malæ fidei possessorem distinguere a possessore bonæ fidei. quid deinde? illum quidem qui est malæ fidei, ad restitutionem rei petita perinde teneri, ac si illa adhuc extaret: jure interpretante, eum semper moram facere, & hac perpetuari ejus obligationem. at in hoc qui est bonæ fidei, benignior recepta est observatio: maxime. ante litem contestatam. nam post eam etiam malæ fidei est qui ante erat bonæ fidei: non peræque in omnibus; sed tum demum, ubi sine causa remere ad iudicium provocavit. alioquin quoad fructus quidem

dem, dicitur & in mora & in mala fide esse a tempore litis contestatae *l. 2. Inst. de offic. Judic.* verum quantum ad restitutionem rei petita, non videtur inde moram facere, eoque nec tenetur prestare casum aut mortalitatem, ab ejus providentia diligentiaque non pendentem exemplo restitutionis fructuum, *l. 40. D. de hered. petit. l. 15. §. ult. §. l. 16. D. h. t.* Illud adhuc potest quaeri, an aliquando vel in malae fidei possessore fiat, ut ne ob casum quidem teneatur? & aequitatis esse creditum est, etiam ita servari: si ea res quo modo apud possessorem perit, eodem apud petitem peritura fuisset: nec hic ex re distracta interim fuisset pretium accepturus *ad. l.* Simile obtinuit temperamentum: si rem corruptioni obnoxiam, quia servando servari nequit, ut est fructus, ex necessitate vendidit. sic enim sufficere ei, pretium quod accepit, restituere: non etiam veram aestimationem *l. 15. §. 1. D. h. t.*

Non contemnenda fuit superior observatio circa Judicis officium. sed aequae necessaria est sequens Gaji *l. 20. h. t.* dicens, Judici non sufficere, domino a possessore ipsum restitui corpus: sed opus esse, ut & causa illi restituatur; id est, ut omne habeat, quod habiturus foret, si eo tempore quo judicium accipiebatur, corpus restitutum fuisset. cedo, qua ratione? manifesta. en: conventus rei vindicatione possessor, noluit rem restituere, nisi probato a petitore ante dominio. quisquamne iniquum putabit, moram ea re factam possessori potius, quam adversario nocere? imo quis non contra finat, rem perinde haberi, quasi inter eos esset litis contestatione actum, ne sic alteri noceretur? Mihi probabile est, huc ivisse Veteres; judicio contrahi, & judicati obligationem nasci, profitentes *l. 3. §. 11. D. de peculro.* Et jam lubet inde inferre, quod possessore a Judice jussu, rem petitam statim restituere, nihil prodest, illam inter moras judicii esse usucaptam: eo utcumque litis contestatione obligato, rem restituere ea in causa in qua erat, cum peteretur. nam eo tempore non erat usucapta: & quamquam subtilitate juris inde perseveraret usucapio, ob non ablatam interim possessori possessionem, ne ab executione inciperet judicium: tamen rationis est, impletam per sententiam adversus petitem rescindi: id est, sic haberi, ac si impleta non esset; lite contestata, ut dixi, inter litigantes convento, rem restitui, non in ea causa in qua foret tempore rei judicatae, sed in qua tempore litis contestatae fuit *l. 18. D. h. t. §. 3. Inst. de offic. Judic.* Sed id citra dubium est; & ea propter, si possessor rem a se sic usucaptam, ut potest, oppignoraverit, aut servum manumiserit, aut animal deterioratum vulneratumve restituerit: nec fuerit consentaneum arbitrio Judicis, tamquam viri boni, eum hujusmodi restitutione liberatum interpretari. quin ut facile latere possunt talia; multo aequius est, postulante in hoc incerto petitor cautionem, Dolum malum abesse abfuturumque esse, hanc a possessore prestari; ac si contra factum esse appareat, ex ea teneri eum in id quod interest *l. 18. §. l. 19. D. h. t.*

Ita re integra. De parte quid dicemus? noli quaerere. quidquid possidetur, id a possessore petitori restitui, ejusdem aequitatis est *l. 76. h. t.* nulla differentia, utrum initio pars fuerit, an postea esse ceperit. exemplo sit alluvio: qua quo tempore quid fundo accrevit, id fundi pars est *l. 34. d. t.* idem in superficie *l. 16. C. d. t.* Celsus *l. 49. D. d. t.* etiam solum aedium partem esse existimat: nec alioquin subjacere, uti mare navibus. Jam in §. 1. meum, inquit, est quod ex re mea super est,

cujus vindicandi jus habeo. praeterea vult Gajus *l. 20.* restitui, post acceptum judicium per servum adquisita. non ex re possessoris: in iisque esse hereditatem legataque quae per servum obvenierunt. addit Gajus ancillae partum. An & fructus? ne dubita; si pendeant: nam in *l. 44.* fructus, inquit, pendentes pars fundi videntur. Paulus vero *l. 36. §. 1.* hoc etiam extendit ad fructus ceteros: & quod notandum, usque adeo; ut velit Judicem, quamvis in sententia per errorem declaraverit, fundum meum videri, possessorem eodem errore tam ad fructuum, quam ad fundi restitutionem condemnare. optime: recepto, ut dixi, oportere fundum non simpliciter, sed cum omni causa restitui. Ita est: atque id significat haec Pauli adjectio: *Non debere lucro possessoris cedere fructus, cum victus sit.* Item illa: *Quod alioquin (ut Mauricianus ait) nec rem arbitrabitur Judex restituere.* imo ait, *Quare habeat, quod non esset habiturus possessor, si statim possessionem restituisset.*

Sed ut in plena luce ponatur nobilis, & aspera, nec adhuc, ut optes, expedita quaestio: age, quid & quotuplex sit fructus, dispiciamus. Est autem fructus proprie, rei utilitas ex ipso corpore obveniens. quod si quae non ex ipso proveniat corpore, sed ejus occasione ex alia causa, puta ex nova obligatione, haec proprie rei fructus non est *l. 121. D. de verb. signif.* & tamen quia in communi usu praestat commoditatem fructui non ab similem, juris interpretatione pro fructu non male habetur. Ergo sic duplex sit fructus: alius naturalis, alius civilis. in posteriore est usura pecuniae, vectura navium, merces servi, pensio praedii *l. 62. D. h. t.* in priore sunt frumenta, poma, alia. Proxima observatio est, quod hi naturales fructus vel sua sponte nascuntur naturae beneficio, & naturales in specie appellantur: vel demum humano facto atque opera producuntur, & vocantur industriales. utriusque generis meminit Auctor *Dialog. De causis corruptae eloquentiae*, siue sit Tacitus, siue Quintilianus c. 6. his verbis: *In ingenio quoque, sicut in agro quamquam alia diu elaborantur, gratiora tamen, quae sua sponte nascuntur.* Exemplum apud Pomponium *l. 45. D. de usuris.* Postrema observatio est, fructus aliquos esse pendentes, aliquos perceptos, aliquos percipiendos, aliquos extantes, aliquos consumptos. In his nunc quod jus sit, quaeris? Mea sententia, interest inter bonae & malae fidei possessorem, ac per te liceat mihi, hic uti hoc ex Terentio *Adelphi. s. 3. 37.*

Duo cum idem faciunt, saepe ut possis dicere,

Hoc licet impune facere huic, illi non licet:

Non quo dissimilis res sit, sed quod is qui facit.

Sic meditor esse Jurisprudentialis utilis: & res, spero, procedet bene, quo modo? attende, intelliges. Etsi adhibita ab utroque possessore in fundo a non domino accepto, par sit cultura & cura: ob eam tamen uterque non eodem utetur jure; ne emptione quidem aut simili justa causa ad transferendum dominium hic, aut illic, interveniente. primum agam de possessore malae fidei: & puta, eum ne si acceperit quidem justa ex causa fundum a non domino, ob id umquam habere ejus dominium, in eo jus culturae & curae, & consequenter nunquam jus ad fructus ex eo natos: non magis, quam ad fundum, Judicis sententia nunc petitoris declaratum. quid ni igitur arbitretur Judex, eum possessorem oportere fundum domino cuius est, restituere, & cum eo fructus omnes *l. 22. C. h. t. civiles l. 62. D. d. t. l. 29. D. de hered. petit. naturales, industriales §. 35. Inst. de rer. divis.* pendentes, perceptos

perceptos *l. 44. l. 35. §. 1. D. h. t.* etiam inhoneste *l. 27. l. 28. §. 1. 2. D. de hered. petit.* amplius percipiendos, hos tamen tum demum, si inhoneste percipi potuerint *l. 33. D. h. t.* a quo? Papinianus *d. l. 62. §. 1.* generaliter, inquit, cum de fructibus aestimandis quaeritur, animadverti debere, non an malae fidei possessor fruiturus sit, sed an petitor frui potuerit, si ei possidere licuisset. Nec illud omittendum in *d. l. credidit* Papinianus, esse æqui & prudentis Judicis, etiam hicaliquo in usuris uti temperamento; cui in vecturis navium, & pensionibus prædiorum, similibusque non faciat locum; quamquam alioquin non minus illæ, quam hæ, civiles fructus habeantur. Sed est manifestæ rationis, aliud in usuris, aliud in cæteris suadere. quid? nempe, quod malae fidei possessori juste imputatur, si aut dolo malo aut culpa non exegerit vecturas, pensiones, similesve civiles fructus: quia potuit eos non modo inhoneste, sed sine periculo quoque, percipere: sed ut pecuniam natura sterilem atque infœcundam, fœnerando faceret fertilem, id ab eo, etsi inhoneste, tamen cum ejus periculo expectari, sane durum foret, & ideo omillum ei imputari non oportet *d. l. 62. h. t.* Similis moderatio observatur, si qui tales fructus possessoris beneficio rei petitiæ accesserunt. exemplum in *l. 37. d. t.* in fructibus perceptis ex artificio servi, eo instructi sumptibus possessoris: quos aestimari, a petitore improbe peti, Paulus ait: arbitratus, sufficere, eos cum sumptibus compensari. Satis de malae fidei possessore.

Nunc de bonae fidei possessore quid juris sit, scire expetis. Idem autem, vel in eo puta, at non in infinitum, nec semper: sed a tempore litis contestatæ *l. 22. C. h. t. l. 2. C. de fructib. & lit. expens.* imo is vel ante ex quo rem alienam esse intelligit, malae fidei possessor esse cœpit. Adeo verum est, eum cum de fructibus disputatur, in fide bona singulis momentis esse oportere *l. 23. D. de adq. rer. domin.* Nec me mordet, quod in usucapione bonam fidem ab initio esse sufficit, superveniens autem mala fides ei non nocet ab initio recte inchoatæ. Nam refert, quod fructuum adquisitio, una subnixæ æquitate naturali, facile contraria naturali æquitate tollitur: usucapio vero formam sortita a jure civili, eam non contraria ratione, sed demum contraria juris forma amittit. Arque huc intendit a me expositus *lib. sing. Ad Edict. De Pact. c. 8.* Paulus *l. 48. §. 1. D. de adq. rer. domin.* præfatus, usucapionem esse juris; cum fructuum adquisitio sit facti.

Videamus igitur, quid obtineat circa fructus, si quis fundum a non domino bona fide acceperit ex emptione, donatione, aut alia simili justa causa: ac deinde dominus superveniat, & fundum vindicet. Non est levis moliminis quaestio: magna in ea lite, propter duos præsertim locos in *§. 35. Inst. de rer. divis.* & in *l. 45. D. de usuris.* Sed ne in mora deinceps cuiquam sint, an præstare meæ liceat tenuitati, lubet porro experiri. Initium sumam a *d. §. 35.* adscriptis prius Justiniani verbis: *Si quis a non domino, quem dominum esse crediderit, bona fide fundum emerit, vel ex donatione, aliave qualibet justa causa æque bona fide acceperit: naturaliratione placuit fructus quos percepit, ejus esse pro cultura & cura.* Et ideo si postea dominus supervenerit, & fundum vindicet, de fructibus ab eo consumptis agere non potest. Et vero qui alienum fundum sciens possederit, non idem concessum est: itaque cum fundo etiam fructus, licet consumpti sint, cogitur restituere. Verba,

pro cultura & cura, hic offendunt omnes Viros Doctos: opinatos, diversum quid & separatum significare: eoque fructus perceptione suos facturo bonae fidei possessori, fundo a non domino ex justa causa accepto, esse necessariam culturæ ac curæ conjunctionem: hanc vero ei sine illa non prodesse: & ideo solos industriales fructus ejus fieri, naturales non fieri. Sed ea sententia inhi semper displicuit: & jam olim *lib. 2. Probabilium c. 7.* docui, hic culturam valere idem cura; paremque esse utriusque verbi potestatem; nec aliam videri ea conjungendi rationem, quam ut oratio sit aliquanto modulator, aptiorque, & efficacior, quam si simpliciter sit dicaturque, pro cultura. Hanc sententiam in *d. c. 7.* idoneis confirmavi Virgilii, Ovidii, Senecæ, & Quintiliani testimoniis: nec quaeras alia aut plura. Demus, quid hæc evincit observatio? Nimirum, Justinianum velle, generaliter omnes fructus nullo discrimine, id est, tam naturales, quam industriales, nullos enim excipit, perceptione fieri ejus qui a non domino quem dominum esse putabat, fundum accepit ex emptione, donatione, aut simili causa ad transferendum dominium apta. Qua ratione? Imperator ait, pro cultura & cura: utroque verbo utrumque fructuum genus peræque complexus. Sic feliciter conjeci. Nec tamen hoc steti sine. plus observavi, Imperatorem definitionis suæ rationem uni adstringentem culturæ & curæ, non operæ pretium designare: non etiam factum merum, sive qualem qualem culturam & curam nullo jure subnixam. Si hoc aut illud esset Imperatori propositum: debuisset eodem fructus eodem modo adscribere prædoni: æque fundo a se possessore adhibenti culturam & curam, ac ei a possessore bonae fidei adhibetur. Nunc contra ait, illum nullos fructus perceptione suos facere: imo ait, domino supervenienti omnes etiam consumptos, cum fundo restituere. Absit igitur, ut tam inepte disputasse videatur Imperator *d. §. 35.* Potius putaverit, cum idem faciunt illi duo possessores, non esse idem. Ita sane est: voluit fructus omnes perceptos ideo bonae fidei possessoris fieri: quod is in fundo contemplatione bonae fidei judicatur habere quasi jus domini, & per hoc fundi culturam & curam, sive jus curandi & colendi fundum, justa ex causa a non domino acceptum. Ain' vero? an est dubium, fructuum acquisitionem sola constare accessione, hoc est, jure corporis ex quo nascantur: non est. proinde si quis est dominus fundi ex quo nascuntur fructus; is naturali ratione est dominus fructuum ex eo natorum *§. 19. Inst. de rer. divis.* sive sint industriales, sive sint naturales: quia cum corpore coherentes tam hi, quam illi, sunt pars corporis *l. 44. D. h. t.* & oportet corporis dominum esse partium dominum *d. l. 25. pr. & §. 1. D. de usuris.* omitto pendentes. quid percepti, id est, jam a corpore separati? vel hi, cum penderent, erant pars corporis, eoque corporis domini, separatione vero, seu perceptione, dic, si potes, quid contigit, quo desinerent esse ejus? Sed jus manifestum est circa fructus, si quaeratur de ipso corporis domino. Nec aliud in fructibus corporis, a non domino bona fide accepti vel ex emptione, vel donatione, vel alio justo titulo; nam hi eodem modo pro cultura & cura fiunt possessoris bonae fidei, tam naturales, quam industriales *d. §. 35.* præsertim pendentes, quia cum corpore coherentes, ejus pars sunt. porro bonae fidei possessor, etsi jure civili non habeat fundi culturam & curam, quia hoc jure non est ejus dominus. quamdiu tamen verus domi-

nus non apparet, interea jure Prætorio, monstrante Publiciana in rem actione, quasi dominus habetur adversus extraneum §. 3. & 4. *Inst. de actionib.* sit igitur hoc modo etiam dominus partium, id est, jure culturæ & curæ dominus fructuum cum eo coherentium, sive sint industriales, sive naturales. Atque hoc cum exploratum sit in pendentibus, an dubitationem recipit in perceptis? minime: percepti enim æque manent possessoris bonæ fidei, ac pendentes sunt illius: propterea quod ante separationem a corpore factam fuerunt ejus; neque hac est factum quidquam pro desinerent esse *d. l. 25. §. 1. D. de usuris. & l. 48. D. de adq. rer. domin.* Tene Justiniani sensum in *d. §. 35.* eumque, cum sit evidentissimus, non fuisse antehac aut animadvertum aut demonstratum a tot nobilibus & claris ingeniis a tot retrò seculis, summopere miror. Nec quem torqueat quod præ me fero, *culturam & curam* in *d. §. 35.* non significare rem facti, sed juris, id est, culturam & curam bonæ fidei possessori, tamquam domino, sive jure dominii, concessam. Nam ea loquendi forma est Jureconsultis non insolita: si recordemur, alluvionem similiter pro jure alluvionis; haustum pro jure hauriendi; actum pro jure agendi; iter pro jure eundi; appulsum pro jure appellendi dici *l. 16. D. de adq. rer. domin. l. 5. §. 1. l. 13. §. 2. D. de serv. rustic. pred.*

Aliquem in diversum rapiat *l. 45. D. de usuris* quæ est Pomponii, & sequente loco, ut promissi, expedienda. Verba Pomponii sunt: *Fructus percipiendo uxor vel vir ex re donata suos facit: illos tamen quos suis operis adquisierit, veluti ferendo. nam si pomum decerpserit vel ex sylva cadit, non fit ejus: sicuti nec cujuslibet bonæ fidei possessoris: quia non ex facto ejus is fructus nascitur.* Hæc verba primo ad spectu videri contraria a me dictis ad *d. §. 35.* vix ipse inficiari ausim. Sed mihi crede, quisquis es, a Pomponio non tractari casum, quem præ manibus habet Justinianus. ita non obstat: nam sermo Imperatoris in *d. §. 35.* est de bonæ fidei possessore, habente titulum justum & aptum ad transferendum dominium. Pomponius vero in *d. l. 49.* loquitur de marito fundum quidem possidente bona fide, sed non ex hujusmodi titulo ad dominii translationem idoneo, nec te fallat, quod is maritus fundum accepit ex donatione uxoris. nam inter virum & uxorem prohibita est donatio, accipientem faciens locupliorem & donantem pauperiorem. putemus igitur, interesse inter utramque speciem. Nec hoc ignorarunt alii. fateor. Sed quem habeat id effectum aut finem, nemo pervidit. hunc igitur nunc a me accipe. Apud Justinianum in *d. §. 35.* ponitur bonæ fidei possessor ex causa veræ & non improbatæ emptionis aut donationis: & videri potest ille fundi a non domino empti aut donati traditione quasi dominus fieri; eaque ratione in ipso habere jus actionis Publicianæ; amplius usucapionis; & eodem modo jus in fructus ex eo nascos, sine discrimine, utrum ex ejus facto sint nati, an sua sponte solo naturæ beneficio: quia pendentes, qualescumque sint, omnes sunt partes fundi, cujus jure Prætorio adversus extraneos habetur quasi dominus. Sed aliter est apud Pomponium in *d. l. 45.* ibi collato in maritum ex uxoris donatione fundo. nam ejus fundi maritus uxoris traditione nec quasi dominus fieri nec usucapionem accipere, aut utilem vindicationem habere intelligitur: irrita in totum fundi donatione, & cætera omni ejus consequentia *l. 3. §. 10. D. de donat. int. vir. & uxor.* Tantum potest quæri, an prohibita

fundi donatione, etiam prohibita fructuum donatio esse videatur. Ac fuisse hanc questionem apud Veteres, intelligitur ex *l. 15. §. 1. & l. 17. D. de donat. int. vir. & uxor.* Hic vero distinguit Pomponius inter fructus naturales & industriales: existimans, industrialium donationem valere, naturalium non valere. videlicet, quia uxor horum donatione fit pauperior, & maritus locupletior: contra illorum donatione maritus quidem fit locupletior, uxor vero non fit pauperior: certo, quod naturales, non facta hac donatione, vel apud eam fuissent sponte nati indulgentia naturæ: industriales non item, nisi essent facto mulieris producti. altera igitur fructuum species resistit manifesto juri, donationem inter conjuges prohibenti; altera non. ac secundum hæc exponi possunt etiam species *d. l. 15. §. 1. & d. l. 17.* Illud adhuc obscurum, quod in fine *d. l. 45.* Pomponius sic scribit: *Sicuti nec cujuslibet bonæ fidei possessoris. & addit, Quia non ex facto ejus is fructus nascitur.* Ad tollendas has tenebras, quæ sunt ingentes, multa adferunt Docti Interpretes, suo quisque modo: sed nullam inferunt lucem. Mihi fas sit suspicari, non coherere a Pomponio scripta, & spero, facilius hoc impetrabo: quia nihil corrigo: tantum postulo, intellectu inverti disputandi ordinem a Pomponio institutum. quo modo? conjungenda cum hoc versu, *Nam si pomum decerpserit vel ex sylva cadit, non fit ejus*, est sequens ratio postremi versus, *Quia non ex facto ejus is fructus nascitur*: & tum subjicienda intermedia illa comparatio, *Sicuti nec cujuslibet bonæ fidei possessoris.* Ita interpretatione sublata Synchusi, erit bonus & superioribus conformis Pomponii sensus: Ubi uxor viro donavit fundum, irrita est ejus fundi donatio: facta quippe adversus prohibitionem juris. consequenter secuta traditione, transit quidem ad maritum fundi naturalis possessio: dominium vero apud uxorem manet. *l. 1. §. 4. D. de adq. possess. l. 3. §. 10. D. de donat. int. vir. & uxor.* Sic quantum ad fundum. Sed de fructibus quid dicemus? illos posse moriti fieri, an jure fundi ex quo nati sunt? Aliquis putet. Sed cave, ei accedas. non enim est ita: quia maritus illo in fundo nullum plane jus habet: tantum accepit ejus possessionem naturalem: jus vero omne apud uxorem mansit. Ullone igitur modo potest maritus ex alieno fundo in quo nihil juris habet, fructus percipiendo suos facere? potest, quo jure? donationis: id est, jure perceptionis ex voluntate dominæ. tamen nec ex illa suos faciet fructus cunctos: sed illos solos quos suis operis adquisierit, veluti ferendo. quid, si pomum decerpserit, vel ex sylva cadat? jam non fit ejus: hac verissima ratione, quia non ex facto ejus is fructus nascitur, & tum obtinet prohibitæ causa donationis: quæ ubi ex opera & facto nascitur, non est. Igitur putemus, maritum in proposito, quia fundi traditione ab uxore facta ex causa donationis, neque fit fundi dominus, neque in fundo accipit jus aliquod dominio simile, etsi possessionem saltem naturalem habere bona fide possit, fundi fructus percipiendo ex uxoris voluntate, hoc est, sola ejus donatione, suos facere; & ideo non alios, quam quos illi ab illa donari sinit jus civile: exemplo omnium hujusmodi possessorum bonæ fidei: qui ut fundum teneant naturaliter bona fide, at destituti titulo ad transferendum dominium justo & apto, numquam fructus aliquos sive naturales, sive industriales, fundi jure ex eo suos faciunt: quia numquam in eo aut dominium habent, aut jus dominio proximum: ex quo uno demum fonte jus percipi-

percipiendi fructus ex fundo proficiscitur. Sic cen-
leo, ac nescio, an vel ad tales aptari possessores et-
iam possit hoc Pauli in *l. 136. D. de reg. jur. Bona
fides tantumdem possidenti præstat, quantum veritas.*
at non ubique, nec semper: quando igitur? quoties
Lex impedimento non est.

Igitur, ut faciamus finem prolixæ disputationis
de officio Judicis circa fructus, apparet; omnes,
cum industriales, tum naturales, perceptione fieri
possessoris bonæ fidei, & (ut ait Gajus *l. 28. D. de
usuris*) statim pleno jure. non tamen sine tempe-
ramento, a Paulo observato *l. 48. D. de adq. rer.
domin.* id quale? ait, *Bonæ fidei emptorem non dubie
percipiendo fructus ex aliena re suos interim facere.*
quos? non tantum eos qui diligentia & opera ejus per-
venerunt, sed omnes. quo jure? quia quod ad fructus
attinet, loco domini pene est. denique etiam priusquam
percipiat, statim ubi a solo separati sunt, bonæ fidei
emptoris fiunt. Omnia hæc superioribus sunt conven-
nientia. Sed quid denunciat hoc, *Interim?* puta,
bonæ fidei possessorem fructus omnes perceptione
suos non ulque quaque facere, nec in perpetuum:
sed dumtaxat, quamdiu verus dominus ignoratur:
nam si is superveniat, & fundum ejus videri, Judi-
cis sententia declaratur, jam est hic exitus, ut ei a
possessore sicut fundus ipse, ita fructus in eo pen-
dens, ex eove adhuc extans, restitui debeat. ni-
mirum, quia melior est causa ipsius domini, quam
cujuscumque bonæ fidei possessoris, qui re vera non
est dominus: & quamquam in actione Publiciana
jure Prætorio interim, dum ignoratur dominus,
adversus extraneum pro domino habetur: in ea ta-
men actione adversus ipsum dominum pro domi-
no non habetur: ut sequente Titulo demonstrabi-
tur. Igitur quid restat? nisi quod bonæ fidei pos-
sessor omnes fructus perceptione statim suos pleno
jure faciat hætenus, ut possit eos tamquam domi-
nus consumere, & a tertio actione Publiciana vin-
dicare: sed non æque adversus ipsum dominum.
quin si is superveniat, ac fundum vindicet, quam
fundus, tam pendentium, aut extantium, fructuum
dominus esse definat Judicis sententia: ejusque of-
ficio sic teneatur ei cum fundo fructus restituere:
nisi eos aut consumpserit *d. §. 35. aut usuceperit
l. 4. §. 19. D. de usurp. & usucap.* altero casu, quia
est jure civili dominus factus: altero, quia non po-
test eos restituere, & nullo suo vitio, eoque eos lu-
cratur, vel locupletior factus *d. 35. l. 4. §. 2. D.
Fin. reg.* quamvis aliter placeat in hereditatis petiti-
one. sed est manifesta in utraque actione differentia.

Huc usque functus officio suo Judex, suum pe-
titori jus adversus possessorem in rei vindicatione
servaturus. Sequenti loco erit pro hoc sollicitus:
nam ne eum quidem, si quid ei competat, negligi
oportet, etsi petitori teneatur ad restitutionem rei
petitæ cum omni causa. nam si propter eam sit
facturus damnum; proxima erit Judicis cura, ne
cogatur eam restituere ante, quam id citra damnum
facturus sit. sed petitorum cum injuria possessoris
juris subtilitate locupletiores fieri, vix pati natu-
ram, æqualitatis studiosam, quis non videt? obve-
nit autem tale damnum possessori, ut plurimum, ob
impensas vel in fructus vel in rem petitam ab eo
factas. sed non est una omnium ratio: nam si qui-
dem factæ sint in fructus aut quærendos, aut colli-
gendos, aut conservandos, nullus labor est: quan-
do omnes sine distinctione, atque ab omni possesso-
re tam malæ, quam bonæ fidei, deducuntur *l. 36.
§. ult. D. de hered. petit.* verum aliter est in factis cir-
ca rem ipsam: nam tales putantur triplices, aut ne-

cessariæ, aut utiles, aut voluptariæ. singulas attin-
git & definit Paulus *l. 79. de verb. signif.* ubi licet
videre *pr. §. 1. & 2.* Interim quod ad necessarias
attinet: has omnis recipit possessor, tam malæ, quam
bonæ fidei, & ut post dicitur, doli mali exceptione.
videlicet, quia dominus, hisce non restitutis, sem-
per vult locupletari cum injuria possessoris. Nisi
possit huic objici, quod temere fecit impensas in
rem quam sciebat esse alienam. At hoc quis ferat?
nam judicio repetens rem, his non factis aut inter-
rituram aut deteriore futuram, si eas reculet re-
stituere, prætexens, maluisse se, rem perisse, quam
sic servatam: sibi contradicit; eoque per exceptio-
nem doli mali justissime repellitur. Sic in impensis
necessariis. In utilibus non eadem incedam via.
quin distinguam circa has possessorem bonæ fidei a
possessore malæ fidei. & in priore, qui est bonæ
fidei, mihi placet notabilis Celsi moderatio in *l. 38.
h. t.* dicentis: quod bonus Judex varie ex personis
causisque constituet. ejus summa est, nam huc re-
deunt omnia, animadvertere: ne dominus, non
restitutis impensis locupletior sit cum injuria pos-
sessoris. Igitur finge, in fundo alieno quem impru-
dens, id est, bona fide emerat, ædificasti aut con-
servasti: id est, nullas in tutelam ejus quod jam e-
rat, impensas fecisti: sed ædificatione aut plantatio-
ne quæ non erat, fundum fecisti meliorem; ita im-
pensas utiles. deinde dominus supervenit, & fun-
dum evincit. quid juris: aut est, inquit Celsus, di-
ves & idem facturus, aut pauper & non facturus
idem. priore casu potest videri locupletior fieri
cum injuria possessoris bonæ fidei. igitur reddat
impensas, ut fundum recipiat: usque eo dumtaxat
quo pretiosior factus est: & si plus pretio fundi ac-
cessit; solum quod impensum est. Rursus finge,
pauperem dominum, nec idem facturum. contra
Judex pro sua moderatione, fore durum putabit,
ut id reddere cogatur, carendum habere laribus,
sepulchris avitis, id est, his propter quæ fundi vin-
dicationem instituit. quid ergo? ex sententia Celsi
sufficere judicabit Judex, tibi permitti, tollere ex
his rebus quæ possis: dum ita ne deterior sit fun-
dus, quam si initio non foret ædificatum. Si tamen
paratus est dominus tantum dare, quantum habitu-
rus est possessor, his rebus ablatis: quis vir bonus
& sapiens hoc ei invidet? nullus. Ego in transitu
hoc quoque probo Celsi, *Constituimus vero ut fiat ei
postestas.* nam constituere tam Jurisconsulti dicun-
tur, quam Princeps: & annotavi alibi hujusmodi
locutiones. Quod sequitur, merito videtur Celso
dignum, ut est plenum honestatis, *Neque malitiis
indulgendum est, si tectorium (puta) quod induxeris
picturasque corrådere velis, nihil laturus, nisi ut officias.*
Res pulchra, & clara, tantum addam, quod de his
elegantibus, earumque laude, arte, pretio scripsi *De
usufruct. lib. 1. c. xi.* Postrema Celsi observatio
est & ipsa non iniqua: Si ea sit persona domini quæ
receptum fundum mox venditura sit: nisi si reddit,
quantum prima parte reddi oportere diximus, eo
deducto tu condemnandus es. Nempe, quia jam
nihil refert, cui vendas, possessori, an alii: utique
venditurus, id est, fundum cum pretio mutaturus.
Ita fere Celsus *d. l.* etiam Paulus, Gajus, Pom-
ponius *l. 27. §. ult. l. 28. l. 29. & 30. h. t.*

Dixi de jure bonæ fidei possessoris circa impen-
sas utiles. quid in possessore malæ fidei? posita ab
eo domo in aliena area, id est, in vacuo loco, in
quo non erat domus, factæ sunt impensæ utiliter,
non necessario. jam ædificanti negat Justinianus
§. 30. Inst. de rer. divis. exceptionem doli mali ad
repetitionem

repetitionem impensarum: præfatus, ei posse obijci culpam. quam: quod ædificaverit temere in eo solo quod intelligebat esse alienum. Sic Justinianus: etiam Ulpianus *l. 37. D. h. t.* nisi quod aliquanto plus observat. Thema. Ego ædificavi in aliena area, cujus bonæ fidei quidem emptor fui, verum eo tempore ædificavi, quo jam sciebam alienam, an nihil mihi exceptio prosit? negat ex Juliano Ulpianus. etsi, inquit, alicui possit videri, debere prodesse de damno sollicito. in priore tamen sententia prestat Ulpianus, non prodesse huic exceptionem. quam ob rem? nimirum, quod non debuit jam alienam certus, ædificium ponere: quod ex Justiniano tantum quod dictum. sed hoc plus ait Ulpianus, Ei concedendum esse, ut sine dispendio domini area tollat ædificium quod posuit: in eamque sententiam etiam Heruliano eudem rescripsit Gordianus *l. 5. C. h. t.*

Supereft, ut de voluptariis impensis videamus. est autem harum, qua talium, nulla deductio: cessante causa ei locum faciente. Nisi si probeatur Judici, aut dominum fuisse easdem facturum impensas, aut eum rem habere venalem, & propter impensas plus fore consecuturum: nam hoc casu quodammodo mutatur impensarum indoles, & quæ ante erant voluptariæ, nunc quasi utiles haberi possunt. nec fuerit absurdum, ab hac causa locum fieri exceptioni, cui alioquin non esset locus: utique si sit bonæ fidei possessor qui eas fecit: nam prædoni probe dicetur, non debuisse, in rem alienam supervacuas impensas facere. ut tamen potestas ei fieret tollendorum eorum quæ sine detrimento ipsius rei tolli possunt *l. 39. §. 1. D. de hered. petit.*

Satis, ut opinor, liquet, summæ esse in hoc iudicio æquitatis; ne petitor ob impensas vel in fructus, vel in rem petitam a possessore factas, cum ejus injuria fiat locupletior: idque officio Judicis contineri; usque adeo, ut possessor petitori rem suam restituere jussus, non cogatur parere, quamdiu ex his aliquod ei damnum imminere possit. Formam vero servandi impensas esse dixi, exceptionem doli mali; sed, quod nunc insuper observari velim, eam non dari, nisi possidenti. quia nemo, præter possessorem, convenitur rei vindicatione, & sine ea usum non habet exceptio doli mali. Sit igitur repetituro in præsentī impensas paratum exceptionis remedium, si possideat. Verum an unum hoc sit, quæri solet? & puto, non esse aliud: qualiscumque sit impensa, etsi necessaria. res certa ex *l. 33. D. de condict. indeb. l. 14. D. de dol. mal. except. l. 14. §. 1. D. Commun. divid. l. 48. D. h. t.* Adeo cautione opus est possessori, impensas in re aliena facienti suo nomine, ne possessione excidat: alioquin cum exceptione omnem amissurus spem eas recipiendi; actionem certe pro iis non habiturus ullam. nam de indebiti condictione constat ex *l. 33.* atque optima ratione quam ibi licet reperire: & potest addi sequens regula: *Ex quibus causis retentionem quidem habemus. petitionem autem non habemus, ea si solverimus, repetere non possumus. l. 51. D. de condict. indeb.* Idem sentio de actione negotiorum gestorum: obstante ejus natura, ne locum habeat. ita nec est metuere a *l. 6. §. 3. D. de negot. gest.* etsi molestissima hac in parte. nam esse corruptam, jam dudum observavi: etiam malo remedium dedi, ad intellectum salubre, sub eo Titulo, & ante lib. 3. Probabil. c. 9. An extricabo etiam excerpta ex *l. 5. C. h. t.* verba sequentia: *Mala fidei possessores ejus quod in rem alienam impen-*

dunt, non eorum negotium gerentes, quorum res est, nullam habeant repetitionem, nisi necessarios sumptus fecerint. Extricabo: nam ex his possit alicui videri possessor male fidei utilium quidem carere repetitione: quali non gesto domini negotio, illis temere in re aliena factis sine domini voluntate: ideoque parata ei objectione, cur eas fecerit in re quam sciebat esse alienam: sed in necessariis sumptibus eam remeritatem non esse: contra nemo neget, esse per hos valde utiliter ac necessario gestum domini negotium, his omis perituro, aut deteriore futuro, quod nunc vindicatur. quid ni igitur æquum putari, necessario factos repeti actione negotiorum gestorum? hoc vero si in malæ fidei possessore jus est: in bonæ fidei possessore quanto justius intelligi? Sic in *d. l. 5.* prima ratione Gordianus. At si rem putemus: non est hoc illi propositum. quid igitur? nempe quod malæ fidei possessores in rem alienam quid impendentes, numquam sunt hoc animo, ut eorum quorum res est, negotium gerant, eolve sibi obligent ejus nomine. tantum se spectant, & quod ex re sua est: alium minime. utiles igitur impensas domino cujus res est, ne imputent invito. & sufficiat æquitati, malæ fidei possessori permitti licentiam, eas tollere sine læsione prioris status rei. sin autem necessarias fecerit, esse quidem earum repetitionem: at non per actionem negotiorum gestorum; nam ejus deficit & finis & ratio: sed suo modo & jure cognito, id est, si possideat, opposita exceptione doli mali. ita diserte Veteres in bonæ fidei possessore. *l. 48. D. h. t. l. 14. D. Commun. divid. l. 14. D. de except. dol. mal.* & alibi, quanto magis in *d. l. 5. C. h. t.* ubi proponitur possessor malæ fidei: sed quid hæreo ineptus? non aliam intelligi eo in loco repetitionem, quam per exceptionem doli mali, evidentissime apparet ex facto Imperatori ab Heruliano quodam ad rescribendum oblato. nam in facto illo is qui impensas repetit, est possessor: atque idem domum quæ vindicatur, dicitur occupasse; & officio Judicis esse jussus, ejus possessionem domino restituere cum pensionibus quas percepit, & omni causa. ne tamen dominus eo modo cum ipsius injuria fiat locupletior, impensas necessarias ab eo repetit. quo modo? per exceptionem doli mali: aliter non potest.

Explicui Edictum Prætoris: dominis amissa rei suæ possessione civilem in rem actionem adversus possessores proponentis. Porro de Prætoria dicam: nam cum essent quibus amissam rem vindicare non sineret angustia juris civilis; eo quod non essent ejus domini jure civili aut gentium: tamen quod haberent aliquod in ea jus, in eoque deferri eos, non esset æquum; Prætor molliturus juris rigorem, etiam eis, quasi dominis, adversus possessores accommodavit in rem actionem, sed utilem. Hujus humanitatis meminit Imp. Justinianus §. 3. *Inst. de actionib.* & pro exemplo ex §. 5. erit actio rescissoria, jam explicata supra sub Titulo *Quibus ex caus. major.* Aliud præsens suggerit Titulus in superficiario: quem Gajus in *l. 19. D. de damn. infect.* ait non videri dominum; sed aliquid, id est, ut alibi observo, aliud quid, in re jus habere. De hoc superficiario in *l. 73. §. 1. l. 74. & l. 75. h. t.* ita scribunt Ulpianus & Paulus: *Superficiario, id est, qui in alieno solo superficiem ita habeat, ut certam pensionem præstet, Prætor causa cognita in rem actionem pollicetur.* Edictum non appono. exstat infra lib. 43. tit. 18. *De superficiebus:* ibique expositum.

TITULUS II.

De Publiciana in rem actione.

Succedit aliud exemplum Prætoris rei vindicationis, Publiciana in rem actio: sic appellata, quoniam a Prætoris Publicio in Edicto proposita est §. 4. *Inst. de actionib.* quis autem fuerit ille Publicius, non est facile dictu. meminit quidem Cicero *Pro Cluentio c. 45.* Q. Publicii Prætoris: sed utrum illi debeat hęc actio, (quod putat Bertrandus, *De vitis Jurisconsultorum*, pag. 244.) an alii; est facti: in quo sine aliis adminiculis disputando nihil definiri, suadeam: cum potuerint plures fuisse Prætores ex gente Publicia, quam Quintus a Cicerone adductus. Similiter a Macrobio *lib. 1. Saturnal. c. 7.* adfertur Lex quædam Publicia de cereis, ejusque auctor Publicius Tribunus plebis non tamen hinc sequitur, ei idcirco deberi quoque Publiciam de ludis, allegatam a Paulo *l. 3. D. de aleatorib.*

Utilius investigabo Edicti verba: nam nec ea liquent hæcenus. In *l. 1. §. 1. h. t.* sequentia prodit Ulpianus: *Si quis id quod traditur ex justa causa non a domino, & nondum usucaptum petet, judicium dabo.* Sed primum illud, *Traditur*, offendit Franciscum Hotmanum & Antonium Fabrum: pro eo ponentes, *Traditum*. In omnibus tamen libris est, *Traditur*: idque dici pro *Traditum*; ut *Oritur*, pro *Ortus* in *l. 28. §. 1. C. de Episcop. & Cleric.* dudum animadvertit Accursius: & præsens tempus pro præterito sæpe poni, suis exemplis nuper ostendit Jacobus Perizonius, V. CL. *Not. ad Sancti Minerv. lib. 1. c. 13.* Illa porro verba, *Ex justa causa*, mihi non videntur esse Prætoris: sed Ulpiani. Prætor, me conjectore, edixit, *Emit*. indicio *l. 7. §. 11. 15. 16.* item *l. 3. §. 1. & l. 8. h. t.* sed Ulpianus Prætoris verbis præferens ejus sententiam, pro *Emit*, cum in Edicto, tum in *d. l. 3. §. 1.* posuit, *Ex justa causa*. non sine exemplo: nam simile quid in recitatione Legis Aquiliæ eum fecisse *l. 2. D. Ad leg. Aquil. observavi lib. sing. Ad leg. Aquil. c. 2.* Exciderunt insuper ex Edicto verba, *Bona fide*. servavit hæc Ulpianus *d. l. 7. §. 11.* & quia ad hæc pertinet etiam tenor *d. §. 15. & 16.* miror, Bertrandum V. CL. sequutum Accursii Glossam, negare, ea verba Edicti esse. Præterea puto, Prætoris hoc judicium *adversus possessorem* promississe, & *causa cognita*: monstrante Papiniano *l. 57. D. Mandati*. Postrema observatio erit: quod Imp. Justinianus §. 31. *Inst. de actionib.* Publicianam actionem vocans arbitrariam, significat, Prætoris in Edicto fecisse mentionem restitutionis, arbitrio Judicis faciendæ. Audebo igitur Edictum ad hunc formare modum: *Si quis id quod traditur, emit non a domino bona fide, & nondum usucaptum petet, nisi arbitrio Judicis ei restituatur, adversus eum qui possidere dicitur, causa cognita judicium dabo.* Daturus Prætor Publicianam in rem actionem duo desiderat: primum id quod petitur, nondum esse usucaptum. deinde bona fide quem emisse, & rem emptam eo nomine ei esse traditam. utrumque continetur his Edicti verbis *Si quis id quod traditur, emit non a domino bona fide, & nondum usucaptum petet.* Hoc præmonendum fuit, nunc singula exequar. Merito Prætor ait: *Nondum usucaptum*. nam si usucaptum est, habet emptor bonæ fidei civilem actionem, nec desiderat honorariam *l. 1. §. 1. h. t.*

videlicet factus usucapione dominus. ante non est dominus, nec habet directam in rem actionem: quippe cum hæc ita prodita sit jure civili, ut quis dominium suum vindicet. sed quia sane durum erat, eo casu deficere actionem, præsertim adversus malæ fidei possessorem cujus nec jus, nec species juris, erat: inventa est a Prætoris hæc actio: in qua ne videatur fieri adversus Leges, is qui possessionem amisit, dicit, se quasi usucepisse quod non usucepit: sub eoque colore (de quo complura *lib. 3. Probabil. c. ult.*) rem alienam, quasi suam esse vindicat: quamdiu verus ignoratur dominus, & ipse cum alio comparatur §. 3. & 4. *Inst. de actionib.* Sic apparet, (quod Paulus ait *l. 35. D. de oblig. & act.*) Publicianam dari ad exemplum rei vindicationis. Ulpianus *l. 7. §. 6. D. h. t.* dicit, ad instar proprietatis, non ad instar possessionis, respicere. ut igitur obtineat Publiciana in rem actio; vult Prætor id quod petitur, esse in conditione usucaptendi, sed nondum usucaptum. Hæc prior Ulpiani observatio. Quæ altera? illa debere concurrere, ut & bona fide quis emerit, & res emptæ ei eo nomine sit tradita. Sic observat Ulpianus *l. 7. §. 16. h. t.* Primum oportet rem esse traditam: quamvis enim Prætor nolit, impletam esse usucapionem: voluit nihilominus, possessionem esse traditam ex causa emptionis; eoque rem positam in conditione usucapiendi. quod ante traditionem possessionis non fit: *l. 25. D. de usurp. & usuc.* substantia obligationis in eo tantum consistente; ut personam adstringat ad aliquid dandum, vel faciendum *l. 3. D. de oblig. & act.* Hac igitur ratione Ulpianus *d. l. 7. §. 16.* ante, inquit, traditionem quamvis bonæ fidei quis emptor sit, Publiciana experiri non poterit. Plane tradita possessione, non querit Prætor, quamdiu possessa res sit; & ait Paulus *l. 12. §. 2. D. h. t.* sufficere, vel momento id est, exiguo tempore, possessam esse. sic sonat *momentum*: ut apud Livium *lib. 21. c. 24.* Non magis refert Prætoris, utrum vera intervenierit traditio, quæ in rebus mobilibus est de manu in manum datio, in immobilibus inductio in vacuum possessionem: an impropria traditio, quæ fit per brevem manum, aut aliam juris fictionem. pone: (quod est exemplum *l. 9. §. 1. h. t.*) aliquis rem suam apud me deposuit, vel mihi commodavit, aut pignori dedit: mox eam mihi vendidit; & passus, eam apud me remanere ex causa emptionis; etsi nulla corporalis traditio ex hac causa interveniat; erit tamen res pro tradita: eo quod nova traditio rei, sub custodia mea domini voluntate constitutæ, mihi non plus concedet, quam jam habeo §. 43. *Inst. de rer. divis.*

Volens igitur Prætor, petitem tamquam dominum considerari, cum non sit, meminit traditionis & usucapionis; sed harum tantum. quamquam (ut Ulpianus observat *l. 1. §. 2. h. t.*) satis multæ, id est, plures, præter eas, sint juris partes quibus dominium quis nancisceretur: ut putat, legatum. Paulus *l. 2.* addit mortis causa donationes: & sic præfatur, *Nam amissa possessione, competit Publiciana, quia ad exemplum legatorum capiuntur.* Sensus: Si res legata aut mortis causa donata sit a domino, qui amiserit ejus possessionem: competit

competit legatario, ejusque exemplo etiam donatario, directa rei vindicatio; et si nulla intervenit defuncti aut heredis traditio, proinde si quid legatum aut mortis causa donatum sit a non domino, & ab eo casu abierit possessio; datur legatario, ejusque exemplo donatario, Publiciana; licet ei a defuncto, ejusve herede tradita non fuerit possessio. Subjicitur in l. 3. ex Ulpiano: *Sunt & alia plerumque*. Exemplum in hoc Pauli l. 12. §. 1. h. t. *Is cui ex Trebelliano hereditas restituta est, etiam si non fuerit nactus possessionem, uti potest Publiciana*. Nimirum restituitur fideicommissaria hereditas ex Senatusconsulto Trebelliano non tantum re ipsa, sed verbo quoque: utroque autem modo res statim incipiunt esse in bonis ejus cui facta est restitutio; licet nondum nactus sit possessionem l. 37. §. 1. 63. D. Ad Senatusc. Trebell. Quid ergo est? Prætor Edicti verbis exprimit acquirendi domini modos dumtaxat duos: traditionem & usucapionem: idcirco quod in emptione, quam solam attingit causam, dominium fere traditione aut usucapione transfertur. cæterum reliquos acquirendi domini modos, qui extra traditionem & usucapionem sint, non excludit. Itane? sic convenit similitudini rationis; & suadet Ulpianus d. l. 1. §. 2. h. t. nam cum miratur, a Prætoribus modos dumtaxat poni duos; & fatetur, plures esse; nec eam solvit difficultatem; credendus est, tacite supplere quod palam deest ipsius verbis: quasi sub expressis omnes ejus sententia contineantur. Antequam ab hac discedam parte, non debeo prætermittere, Prætor, cum vult possessionem rei quæ Publiciana petitur, esse traditam, corporalem rem designare: nam sola corporalis traditur & possidetur: incorporalis, ut servitus, proprie neque traditur, neque possidetur: ideoque ex Edicti verbis nulla petitur, & tamen, postquam nacta est etiam sui generis traditionem per usum accipientis & patientiam tradentis l. ult. D. de servitutib. l. 3. D. de usufructu. placuit, vel eam ex Edicti mente vindicari utili Publiciana. Hoc sensu Ulpianus l. 11. §. 1. h. t. Si, inquit, de usufructu agatur tradito, Publiciana datur, utemque servitutibus urbanorum prædiorum per traditionem constitutis, vel per patientiam: forte si per domum quis suam passus est aquæ ductum transducere, item rusticorum, nam & hic traditionem & patientiam tuendam constat. Hunc Ulpiani locum, ut meretur, exposui lib. 2. De usufructu c. 2. nec jam repetam quæ illic possunt videri. tantum sinas, quæso, quod ibi omni verecundia emendandi, nec interim ab aliis tentatum, me nunc expungere hæc verba: *Forte si per domum quis suam passus est aquæ ductum transducere*. Non enim sunt Ulpiani, sed Interpretis Veteris, exemplum servitutis urbani prædii imprudenter petentis non a dominante prædio, ut solent Veteres; sed a serviente: quod ab illis numquam est factum, neque sinit ratio juris certi & indubitati.

Voluit igitur Prætor, id quod Publiciana vindicatur, quo in conditione usucapiendi & quasi domini sit, esse traditum: verum ex justa causa, emptione & venditione, verbi gratia, nam sic loquitur: *Si quis id quod traditur, emit non a domino bona fide, & nondum usucaptum petet*. Ita est: Prætor verbo, *Emit*, significat, traditionem, nisi ex causa emptionis factam, acturo Publiciana non prodesse: cum usucapio in cujus conditione posita res esse debet, sine justa causa minime procedat. Ait igitur Prætor, *Emit*. De pretio vero soluto nihil exprimit: & arbitratur Gajus l. 8. D. h. t.

inde posse conjecturam capi? quasi nec sententia Prætoris ea sit; ut requiratur, an solutum sit pretium. Illud parum refert, si intervenit emptio, utrum præcesserit traditionem, an secuta sit. tantum enim vult Prætor, traditam esse rem emptam. sic accipio l. 9. §. 2. h. t. pone; res est tradita sub conditione, si vendatur. quamdiu sequuta non est venditio; nuda dicitur traditio: quæ neque dominium transfert, l. 31. D. de adq. rer. domin. neque ad usucapionem valet. sequuta deinde venditione, efficax fit ad transferendum dominium, aut alioquin ad usucapionem. Oportet igitur, ut obtineat Publiciana, rem quæ petitur, tam emptam esse, quam traditam. Estque id diligenter inquirendum: quia potest incidere aliquando dubitatio; sitne emptæ res, an non sit? Ecce: qui est casus d. l. 9. §. 3. emi hereditatem. ex ea tradita mihi est res aliqua. ejus possessionem amissam. estne Publiciana: sive, an habeo Publicianam? quærendi causa; quod vendita hereditate, vendita quidem est universitas: sed singulæ res hereditatis venditæ non sunt. & præbet argumentum: quod evicta re singulari ex hereditate vendita, ob eam non tenetur venditor de evictione l. 1. C. de evict. proinde si tradita sit res singularis, atque ipsa casu amissa, possit quis putare, non esse Publicianam: quasi traditione facta sine causa. Sed Neratio placuisse, Ulpianus ait, esse Publicianam vel hac in specie: nempe, quia vendita hereditate, venditum est, quidquid heredis sit futurum; non amplius, non minus l. 2. D. de hered. vend. ita tenetur venditor emptori tradere res hereditarias l. 14. §. 1. d. t. eæ vero traditæ habentur pro emptis venditisque. Non obstat d. l. 1. C. de evict. nam quod ob evictas res hereditarias cessat de evictione actio, non hanc habet causam, quasi vendita hereditate, venditæ non sint res singulæ: sed quod ea venditione agitur, ne emptor habeat plus minusve, quam venditor habiturus foret d. l. 2. unda si res evicta non sit hereditaria: de evictione idcirco non agitur, quia non est vendita; & si fuit hereditaria, est evicta Judicis injuria imperitiave: quo casu cessat actio de evictione l. 51. D. de evict. Ait igitur Prætor, *Emit*, sed utrum ad factum respicit, qualicumque contentus emptione: an ad jus, id est, ad emptionem jure approbatam & validam? eam quæstionem silentio transire noluit Ulpianus l. 10. D. de curat. fur. & al. extr. ord. dand. Verba ejus sunt obscura, etiam corrupta, ideoque nec mihi negligenda: cum præsertim sint ex lib. xvi. Ad Edictum: quo eum præsens Edictum exposuisse intelligitur ex l. 1. l. 3. l. 5. l. 7. & aliis sub. h. t. Verba: *Julianus scribit, eos quibus per prætorem bonis interdictum est, nihil transferre posse ad aliquem: quia in bonis non habeant, cum eis deminutio sit interdicta*. Quæsitum fuit, (sic suspicior) si a prodigo, cui interdicta a Prætoribus sit administratio bonorum, alicui vendita & tradita sit res aliqua: an ei amissa possessione, danda a Prætoribus sit Publiciana in rem actio: quasi traditione ex ea emptione facta, res posita sit in conditione usucapionis: quod Prætor postulat? Sed negat Ulpianus auctoritate Juliani: scribentis, *Eos quibus per prætorem bonis interdictum est, nihil transferre posse ad aliquem, quia in bonis non habeant, cum eis deminutio sit interdicta*. Sic ubique editur, *quia in bonis non habeant*. Sed deest aliquid integro sensui, suppleo ope Siglurum: *quia i. b. vel, quia i. in bonis non habeant*: & expono, Siglum: *quia jus bonorum, vel quia jus in bonis non habeant*. Sensus,

Si venditio facta sit a prodigis quibus a Prætoribus interdictum sit; eam nullius esse momenti; ideoque ea nihil transferri ad emptorem; nam cum interdicta eis sit deminutio, deinde eos jus bonorum, vel jus in bonis, id est, jus administrandi sua bona, non habere. prorsus convenienter huic Horatii lib. 2. Serm. Sat. 3. vers. 217.

Interdicto huic omne adimat jus

Prætor.

Quod de prodigo dixi, etiam in pupillo & furioso observatur. Ecce: aliquis a pupillo emit aliquid sine tutoris auctoritate, aut a furioso sine curatoris consensu. neutra valet emptio & venditio. proinde nec Publiciana est, nec usucapio, nec accessio possessionis, nec actio de evictione: si emptor scivit, venditorem esse pupillum aut furiosum, & illis jus vendendi esse putavit; nam juris error nulli prodest. quid, si puberem aut sanæ mentis esse existimavit, lapsus errore facti? nec sic est emptio & venditio; & ideo non magis dabitur Publiciana, nec usucapio procedet; nec erit accessio possessionis; nec actio de evictione. Sic stricta juris ratione: numquam sinente, effectum sine causa esse. Sed auctorem habeo Paulum, hunc rigorem a Veteribus esse laxatum: non peræque in omnibus; sed in usucapione. nam de illa sic scribit l. 13. §. 1. D. de usurp. & usucap. Eum quia a furioso bona fide emit, usucapere posse, responsum est. Paulus, cum ait, Bona fide, ponit casum in quo quis emit a furioso: arbitratus, eum habere jus vendendi; id est, esse dominum, & sanæ mentis: permittitque eo in casu usucapionem, quamvis destitutam justâ causa, alioquin in usucapione necessaria: aitque, ita esse responsum, puta, utilitatis causa; nam sic finit l. 2. §. 15. & 16. D. Pro emptore. De Publiciana videamus. de ea in l. 7. §. 2. h. t. hæc extant Ulpiani verba: Marcellus lib. 17. Digestorum scribit, eum qui a furioso, ignorans eum furere, emit, posse usucapere. Sic ex Marcello Ulpianus; & ex eo ipse porro infert, Ergo & Publicianam habebit. Rursus §. 4. Si a minore quis emerit, ignorans eum minorem esse, habebit Publicianam. Sic Ulpianus: ut apparet, a simili argumentatus ad simile: At aliam viam tenuit Paulus d. l. 2. §. 15. & 16. existimans, (quod convenit l. 15. D. de legibus, & est verissimum) ubi utilitatis causa, sive jure singulari, quid est receptum, & in proposito de usucapione traditum; argumentum a simili ad simile non procedere, atque ita est: secundum Paulum, non valet argumentum a recepta usucapione ad recipiendam Publicianam: sicut nec actio de evictione, aut accessio possessionis, intelligitur esse concessa: eo quod ex inutili hac emptione utilitatis causa, id est, ut dixi, singulari jure, recepta est usucapio. Is est sensus Pauli d. l. 2. §. 15. & 16. Ulpiano contrarius, & sine spe pacis, quidquid excogitetur a felicibus & claris ingeniis: cum uterque Jurisconsultus eodem vixerit tempore; & alter æquitati plus, alter minus, indulserit adversus severitatem juris; eoque in discidio quid maluerit Populus Romanus, est facti: in quo sine evidēte vetustatis testimonio nostra ratiocinatio nihil ad liquidum adducere potest: præsertim pari utriusque auctoritate.

Ut ut erit: Prætor vult, acturum Publiciana emisit id quod traditum & nondum usucaptum. Unam nominat acquirendi dominii causam, emptionem; cum sint plures ex una tamen, quid agat, intelligitur; pervulgato apud Veteres, quoties lege aliquid unum vel alterum

introducitur, bonam esse occasionem, etiam cætera quæ ad eandem tendunt utilitatem, interpretatione vel jurisdictione suppleri l. 11. 12. 13. D. de legib. Igitur Ulpianus in l. 3. §. 1. D. h. t. ex Edicti sententia (ad hanc enim respicit) sic infit: Qui igitur justam causam traditionis habet, mittitur Publiciana. Magis liquecet hoc verbis sequentibus: Et non solum emptori bona fidei (de quo solo in Edicto locutus fuerat Prætor) competit Publiciana sed & alius. Quibus? omnibus emptioni similibus: ut est permutatio l. 7. §. 5. h. t. etiam dos, sive æstimata, sive inæstimata; tum res ex causa judicati, vel solvendi causa, vel causa noxæ deditionis tradita, sive vera sit, sive falsa: item si servum ex causa noxali, quia non defendebatur, duxero jussu Prætoris, & amiserō possessionem: sed & si res adjudicata sit: item si lis fuerit æstimata, similis est venditioni: & ait Julianus, si reus obtulit æstimationem, Publicianam competere. sed & si quis ex lucrativis causis accepit, habet Publicianam; eamque adversus donatorem etiam competere, Ulpianus putat: causatus, quod est justus possessor & petitor qui liberalitatem accepit. Tenes exempla ab Ulpiano & Paulo enumerata l. 3. §. 1. l. 4. l. 5. l. 6. & l. 7. pr. §. 1. & 3. h. t. Summam Gajus l. 13. hanc facit: Quacumque sunt justæ causæ acquirendarum rerum, si ex his causis nancisceres amiserimus, dabitur nobis earum rerum persequendarum gratia hac actio. Nec tamen temperamento vel hic abstinuit d. l. 13. §. 1. verbis sequentibus: Interdum quibusdam nec ex justis possessionibus competit Publicianum judicium. Et rationem duobus exemplis indicat: Namque pignoratitia & precaria possessiones justæ sunt, sed ex his non solet competere tale judicium: illa scilicet ratione, quia neque creditor, neque is qui precario rogavit, eo animo nanciscitur possessionem, ut credat se dominum esse. Is vero animus ad possessionem, usucapioni & dominio acquirendo aptus, desideratur. Et jam Paulus l. 13. D. de usurp. & usuc. Pignori, inquit, rem acceptam usu non capimus: quia pro alieno possidemus. non male tamen Paulus l. 19. D. de pignoribus, (quæ est hujus loci: quippe cum sit ex ejus lib. 19. Ad Edictum ex quo sunt l. 2. l. 4. & aliæ sub h. t.) Si, inquit, ab eo qui Publiciana uti potuit, quia dominium non habuit, pignori accepi, sic tueretur me per Servianam Prætor, quemadmodum debitorem per Publicianam.

Porro ait Prætor, Qui bona fide emit non a domino. Igitur non omnis emptio acturo Publiciana proderit: sed quæ habet bonam fidem; nam emens a non domino, licet ejus traditione non fiat dominus; constitutus tamen propter bonam fidem in conditione usucapiendi, interim pro domino habetur l. 136. D. de reg. jur. Dicitur autem l. 109. D. de verb. signif. bonæ fidei emptor is qui ignoravit, eam rem alienam esse: aut putavit, eum qui vendidit, jus vendendi habere, puta procuratorem esse. Ait igitur Prætor: Qui bona fide emit. Et fidem bonam solius emptoris continet. proinde hoc sufficit, me bonæ fidei emptorem fuisse, quamvis non a domino emerim, licet ille callido consilio venderit: neque enim dolus venditoris mihi nocebit l. 7. §. 11. & §. 15. h. t. Quid, si successor, id est, heres, sum, & dolo feci, cum is in cujus locum successi, bona fide emisset? In hac actione non oberit mihi. Eodem modo nec proderit; si dolo careo, cum emptor cui successi, dolo fecisset d. l. 7. §. 12. Sed enim si servus meus emit, dolus ejus erit spectandus, non meus, vel contra d. l. 7. §. 13.

De eo fuit dubitatum : utrum sufficiat , bonam fidem esse tempore emptionis , an oporteat etiam esse tempore traditionis. dubitationem faciebant Prætoris verba : *Si quis id quod traditur , emit non a domino bona fide*. Sed Julianus lib. 7. Digestorum scripsit , apud Ulpianum *d. l. 7. §. 17.* traditionem rei emptæ oportere bona fide fieri : ideoque si sciens alienam possessionem apprehendit , Publiciana eum experiri non posse : quia usucapere non poterit. Ulpianus tamen hoc , cum possit obscurum videri , sic temperat : Nec quisquam putet , hoc nos existimare , sufficere initio traditionis ignorasse rem alienam , uti quis possit Publiciana experiri : sed oportere & tunc bona fide emptorem esse. Sic Ulpianus : atque inde explicanda *l. 10. D. de usurp. & usucap.* quæ est similiter Ulpiani , atque ex eodem lib. 16. *ad Edictum* ex quo est *d. l. 7. §. 17.* & sic habet : *Et obtinuit Sabini & Cassii sententia traditionis initium spectantium*. Debet enim perinde accipi , quasi dixisset , etiam traditionis initium spectantium : ut jam indicavi alibi. Est vero hoc singulare in emptione : nam in cæteris contractibus sufficit , bonam fidem adesse tempore traditionis *l. 2. D. Pro emptore*. In ipsa quoque emptione & venditione si emptoris bona fides fuerit tempore contractus & tempore traditionis , deinde superveniens mala fides non nocet Publicianæ : quia Prætor eum tantum duobus illis temporibus desiderat , ultra non desiderat : exemplo usucapionis , etsi in fructuum acquisitione aliud sit. atque hoc modo , puto , explicandus sequens Ulpiani locus *d. l. 7. §. 14.* *Publiciana tempus emptionis continet : & ideo neque quod ante emptionem , neque quod postea dolo malo factum est , in hac actione deduci , Pomponio videtur*.

Sequitur in Edicto : *Et nondum usucaptum petet*. Ex his verbis intelligitur , Prætorē , ut Publiciana sit , non postulare , bona fide emptum traditumque etiam usucaptum esse : sed tantum velle , esse in conditione usucapiendi positum. prorsus ut emptor cum non fuerit dominus factus , fieri tamen usucapione putaverit dominus. Sic hinc placet quoque , quod in *l. 12. §. 4. h. t.* scribit Paulus , Si restalis sit , ut eam Lex alienari prohibeat , eo casu Publiciana non competit. Et præfatur : Quod his casibus neminem tueretur Prætor , ne contra Leges faciat. Nimirum movet Paulum : quod Prætor hanc actionem proponit , tamquam ex Legis mente , sub colore dominii usucapione adquisiti : videturque adeo fuisse ejus consilium , Legis voluntatem exequi fictione dominii : sed nihil contra legem facere ficta usucapione & alienatione rei , quam Lex aut Constitutio alienari prohibet *l. 9. §. 4. h. t.* Non aliam ob causam Ulpianus *d. l. §. 5.* Hæc actio , inquit , in his quæ usucapi non possunt , puta , furtivis , vel in servo fugitivo locum non habet. His enim & similibus rebus cohæret vitium , propter Legem Duodecim Tabularum & Legem Atiniam quæ earum usucapionem prohibere. Non ita est in vectigalibus & aliis prædiis , etsi nec illa usucapi possint. nam in his Publiciana competit , si forte bona fide mihi tradita sunt *l. 12. §. 2. & 3. h. t.*

Promittit igitur Prætor Publicianam petenti totum id quod sit bona fide emptum traditumque & nondum usucaptum : hoc enim sonant verba. nec tamen aliud est , petita parte : est enim eadem partis ratio quæ est totius *l. 76. D. de rei vindic.* quando est meum quod ex re mea superest , eoque vindicari potest *l. 49. §. 1. eod. tit.* hoc exemplo pro-

cedet Publiciana ; si petantur recisæ pattes emptæ statuae *l. 11. §. 8. h. t.* idem est , ædibus emptis , si fuerint dirutæ possunt enim ea quæ ædificio accesserunt , huiusmodi actione peti *§. 6. d. l. 11.* æque , si insulam emi , eaque ad arcem pervenit : potero Publiciana uti *§. ult. d. l.* De eo quæritur : si emi aream , in eaque insulam ædificavi , an recte utar Publiciana : nam emi aream , non emi insulam ; & hanc possideo sine causa. qua igitur fronte eam vindicem Publiciana quæ non est contenta possessione , nisi tradita ex iusta causa. Sed videamus , ne sufficiat , emptam a me esse aream , ejusque partem fieri superficiem a me imposuam , etsi a me emptam non sit ; nec sit a ratione alienum , in parte obtinere quod in toto jus sit. igitur sicut possum domum meam dicere , quam posui in fundo mihi a domino ex causa emptionis tradito : intelligor quasi dominus insulæ a me positæ in area quam a non domino bona fide accepi ex causa emptionis *d. l. 11. §. 10.* plane , quod per alluvionem fundo accessit , simile sit ei cui accedit ; & ideo non petetur Publiciana , si ipse fundus non potest ea peti : quod si potest peti ; etiam petetur pars quæ per alluvionem accessit *d. l. 11. §. 7.*

Sequitur , adversus quidem detur Publiciana. & apparet , a Prætorē promitti adversus possessorem. recte : nam cum fundat eam jure in re , id est , quasi dominio ; ne miremur , dari adversus possessorem , præsertim malæ fidei : cuius nullum jus est. de bonæ fidei possessore quæri solet. pone : aliquis rem bona fide accepit ex iusta causa : & eam casu amisit ante impletam usucapionem. num habet Publicianam ? Julianus (apud Ulpianum *l. 9. §. 4. h. t.*) distinguit , utrum duo rem emerint ab eodem non domino , an a diversis non dominis , & si quidem ab eodem emerint non domino : putat , petitorē esse cui priori res sit tradita : sicut obtineret , re duobus vendita a vero domino *l. 15. C. de rei vindic.* si vero emerint a diversis non dominis ; meliorem esse causam nunc possidentis , quam ejus qui nunc agit Publiciana ; licet ei priori res sit tradita. Sic Julianus. contra Neratius *l. 31. §. 2. D. de act. empt.* Sive , inquit , ab eodem emimus , sive ab alio atque alio : is ex nobis tuendus est qui prior jus ejus apprehendit , hoc est , cui primum tradita est. Sic Neratius. Sed præstat Juliani sententia : cum præsertim ei accedat Ulpianus *d. §. 4. l. 9.* dicens , veram esse. videlicet , ubi suum quisque venditorem habet , par est utriusque emptoris causa ; & intelligitur in sua quisque emptione & possessione esse prior , non inveniēns alium , qui ab eodem emerit prior aut posterior. sed aliud est , si uterque separatim emerit & acceperit ab eodem : quia in ea re emenda accipiēdaque alter est altero prior. Sic egregie Ulpianus : & est similis Pauli observatio in duobus creditoribus : quibus eadem res sit pignorerata *l. 14. D. qui pot. in pign.*

Promittit igitur Prætor actionem Publicianam adversus possessorem : sed causa cognita : ut ex *l. 57. D. Mandati* in Edicto posui. Ita non passim dabit , nec semper : sed cum æquum erit : nec est dubium , quin adversus dominum eam daturus non sit. scilicet , quia semper melior est conditio domini , quam cujusvis bonæ fidei possessoris , qui non sit dominus : licet eum interim , cum non apparet dominus , adversus alios pro domino haberi , non iniquum sit. Sed rationis fuit , dominum , a bonæ fidei possessore conventum actione Publiciana , adjuvari exceptione ,

ne, Si ea res possessoris non sit *l. 16. l. ult. D. h. t.* verum, ut dixi, causa cognita: nempe, ne exceptio adversus æquitatem manifestam ei negetur: imo nec detur temere. sit hoc exemplum ex Ulpiano *l. 4. §. 32. D. de except. doli. mali.* Titius vendidit tibi fundum qui erat Sempronii. tu eum soluto pretio traditum accepisti bona fide. Titius deinde factus Sempronii heres, simul fundi dominus, eum aliquo receptum casu vendidit & tradidit Mævio. quæstio est, utrum tueri debeat Prætor, te, an Mævium? nam tu fundum bona fide emitte, & traditum accepisti a Titio, cum non esset fundi dominus: competit ergo tibi Publiciana. Mævius eum contra accepit a Titio, postquam extitit Sempronio heres; eaque successione factus est fundi dominus. agenti autem Publiciana adversus dominium obstat exceptio, Nisi fundus sit possessoris. Atque ita in proposito foret, si Prætor domino exceptione dominii semper & sine discrimine succurreret, sed hoc illi non fuit propositum: nam hanc exceptionem ei non simpliciter promittit, sed causa cognita: id est, nisi æquitas reclamet. Ergo ab hac causa Ulpianus Julianum sequutus, ait, æquius esse, Prætorem te tueri: & causatur, quod & Titius ipse, si fundum a te

pereret, exceptio e in factum comparata, vel doli mali summo veretur: & si ipse eum possideret, tu vero Publiciana ageres; adversus excipientem, Si non suus esset, replicatione uteris; ac per hoc intelligeret Prætor, eum fundum rursus vendidisse, quem in bonis non haberet. Sic ex Juliano Ulpianus *d. l. 4. §. 32.* & ad eundem plane modum *l. 72. D. de rei vindic.*

Superest, ut de officio Judicis dispiciamus. ait Prætor: *Nisi arbitrio Judicis restituatur, judicium dabo.* Prætor significat, duplex esse Judicis officium: primum inspicere, an actor potuerit dicere, se id quod petit, quasi usucepisse, id est, an probaverit, se rem petitam ex justa causa traditam non a domino bona fide accepisse, & anteimpleram usucapionem amisisse. alterum, an is a quo petitur, eam possideat. utrumque si cognovit: declarat, petitorum quasi usucepisse quod non usucepit; id est, eum esse quasi dominum; simul jubet, possessorem petitori id quod petitum est cum omni causa restituere. huic porro jussui si pareatur, bene est: si minus possessorem condemnat ita, ut in rei vindicatione dictum. idque est, quod Ulpianus *l. 7. §. 8. h. t.* ait: *In Publiciana actione omnia eadem erunt, quæ & in rei vindicatione diximus.*

TITULUS III.

Si ager vectigalis, id est, emphyteuticarius petatur.

Sub hoc Titulo adhuc tradendum putavit Imperator exemplum Prætoris in rem actionis: quæ in Rubrica vocatur Si ager vectigalis petatur, credo, a primis Edicti verbis. quinam autem sint tales agri, Paulus *l. 1. §. 3. D. h. t.* ita tradit: agri civitatum alii vectigales vocantur, alii non. vectigales vocantur, qui in perpetuum locantur: id est, hac lege, ut tamdiu pro illis vectigal pendatur, quamdiu neque ipsis, qui conduxerint, neque his qui in locum eorum successerunt, auferri eos liceat. Non vectigales sunt, qui ita colendi dantur, ut privatim agros nostros colendos dare solemus. Idem est, & si ad tempus habuerint condu-

ctum, nec tempus conductionis finitum sit. Igitur si cui talis ager a municipibus datus sit suo arbitrio fruendus meliorandusque, constituto annuo vectigali, is, quamvis non efficiatur jure civili dominus fundi vectigalis, tamen quia in eo habet jus aliquod dominio proximum: placuit Prætori, ei accommodare utilem in rem actionem adversus quemvis possessorem; imo etiam adversus ipsos municipales *d. l. 1. §. 1.* ita tamen, si vectigal solvat *l. 2. h. t.* Hoc nunc breviter: nam de jure emphyteutico alias agam ex professo *lib. 19. tit. 2.* qui est *Locati conducti.*

LIBER SEPTIMUS.

TITULUS I.

De usufructu & quemadmodum quis utatur fruatur.



Uxposita superiore libro vindicatione rei corporalis, tradita hoc & sequente fuit actio qua servitutes, id est, res incorporales, vindicantur. ea actio vocatur confessoria; distincta a negatoria. altera datur contendenti, servitutem sibi suove prædio competere: altera datur domino qui negat *l. 2. D. Si servit. vindic.* Usus utriusque ut intelligatur, altius repetenda res fuit: initio facto a definitione & divisione servitutis.

Ea servitus est, jus in re aliena, quo dominus ad alterius commodum in re sua aliquid pati, aut non facere, cogitur. Primum dixi, servitutem esse jus: eo quod omnes servitutes passim jura appellantur: ut in loco apparebit. Jus porro est, facultas jure concessa: ut alibi sæpius observavi. dicitur au-

tem servitus jus respectu ejus, cui debetur: nam hujus jus augetur constituta servitute: at respectu ejus qui servitutem debet, non jus est, sed juris deminutio *l. 5. §. 9. D. de novi oper. nunciat.* cogitur enim is, constituta servitute, pati aut non facere, ad quod ea non constituta, non teneretur. Deinde dixi, quod servitus est *jus in re.* Nempe, quia servitus est qualitas ipsius rei; non personæ cujus res est: ideoque eam non homo, sed res, debet; nec amittitur dominii mutatione *l. 19. D. Quib. mod. ususfr. amitt.* denique domino licet rem derelinquere *l. 6. §. 2. §. 3. D. Si servit. vindic.* aut alienare; & derelictam aut alienatam sequitur servitus, ad quemcumque devenerit. *l. 12. D. Commun. prædior. l. 36. D. de servit. præd. rustic.* Præterea dixi, servitutem esse *jus in re aliena*: sequutus Paulum qui in *l. 26. D. de re servit. præd. rub.* confitetur, nulli rem suam servire.

servire. ita in re sua aut in fundo suo jure servitutis nil facit dominus : contra, utitur & fruitur re sua jure dominii : magisque, si in ea quid facit, libertas appellatur. Addit definitio : Quo dominus, ad alterius commodum in re sua aliquid pati aut non facere cogitur. Definitio vult, servitutem finiri utilitate alterius sive hominis, sive prædii : alioquin nullam esse. & clara ratione : ea ratio est, quod non est alicui permittendum, ut præsumat alterius libertatem imminuere, nullo commodo ad eam perventuro. id enim quod habet propositum, nisi feritatis, invidiæ, malitiæque? cui neque communis sensus indulget, neque jus civile. optime Arnobius lib. 7. *Adversus Gentes* c. 1. *Quidquid geritur, debet habere causam sui, neque ita esse ab ratione sejunctum, ut in operibus feratur cassis, & in vacuis ludat inanitatis erroribus.* Et in proposito Pomponius l. 15. D. de servitutibus. *Quoties nec hominum, nec prædiorum, servitutes sunt, quia nihil vicinorum interest, non valet : veluti ne per fundum tuum eas, aut ibi consistas. & ideo si mihi concedas, justibi non esse, fundo tuo uti frui, nihil agitur. ali-*

ter atque si concedas mihi, jus tibi non esse, in fundo tuo aquam querere, minuenda aqua mea gratia. Postremo ait definitio, *Aliquid in suo pati, aut non facere.* Hoc ex d. l. 15. §. 1. Tantum de definitione.

Sequitur divisio. de qua ita Marcianus l. 1. D. de servitutibus : *Servitutes aut personarum sunt, ut ususfructus aut usus : aut rerum, ut servitutes rusticorum prædiorum & urbanorum.* Personarum servitutes dicuntur, quæ personis debentur : rerum, quæ prædiis rusticis aut urbanis : Hæ in specie servitutes appellantur §. 3. *Inst. de reb. corporalib. l. 4. D. de servitutib. & alibi.* nec alia ratio est : cur Titulus Pandectarum, *De servitutibus*, item Titulus Codicis, *De servitutibus & aqua*, tantum ad prædiorum servitutes pertineat.

Hic liber occupatur servitutibus personalibus, & initium sumit ab usufructu : cujus nobilis materia meretur examinari : sed explicita a me nuper duobus libris *De usufructu*, ulteriorem diligentiam hoc loco non desiderat. omissis igitur Titulis cæteris eo spectantibus, tantum attingam VI. & VIII.

TITULUS VII.

De operis servorum.

EXpositis plerisque quæ dicenda fuere de usufructu, adhuc monendum aliquid fuit de operis servorum. legato enim usufructu servi, placet Gajo l. 4. h. t. fructum hominis in operis consistere, & retro in fructu hominis operas esse. sed non ita semper est ; si legatæ proponantur hominis operæ. tum enim sæpe aliter se res habet : nam tale legatum aliquando usufructui assimilatur, aliquando magis usus videtur, l. 5. h. t. est etiam, ubi

neque usufructus dicitur, neque usus ; sed jus tertium, ab usu & usufructu separatum l. 1. §. 9. D. Ad leg. Falcidiam. l. 2. D. de usu & usufructu legato. Verissime rem ex effectis æstimantibus. quomodo? non addo, nec explico leges eo pertinentes ; etsi obscuras : quia est mihi religio, hic aliquid tentare post Jacobum Cujacium : qui unus sufficit pro omnibus. eum vide ad d. l. 2. Tom. 4. *Oper. posthum. parte priore.*

TITULUS VIII.

De usu & habitatione.

EXposito usufructu, id est, una specie personalis servitutis, optime Gajus l. 1. h. t. nunc, inquit, videndum de usu & habitatione. sed primum de usu : qui est altera ejus servitutis species, nec omittendum d. l. §. 1. putavit Gajus evitandæ confusionis gratia, usum constitui etiam nudum sine fructu. nimirum, quia fructui & usus inest : utui fructus deest. & fructus quidem sine usu esse non potest usus sine fructu potest, sic Ulpianus confirmat l. 14. h. t. de qua vide a me tradita lib. 2. *De usufr. c. 1.* De hoc igitur usu qui est sine fructu, præsens agit Titulus. potest vero is definiti jus alienis rebus utendi. cum dixi, esse jus ; volo, esse facultatem usufructuario jure concessam. nam ejus respectu jus est, pariter ut usufructus respectu fructuarii : aucta utriusque facultate, constituto jure usufructus, aut usus : cum respectu domini proprietatis uterque sit servitus, id est, juris imminutio : pariter ut in usufructus definitione jam est observatum lib. 1. *De usufructu c. 1.* Usufructus porro exemplo dixi præterea, quod usus est jus alienis rebus utendi : quia servitus semper est in re aliena, numquam in re propria : etsi negari nequeat, dominum æque re sua uti, ac usufructarius utitur re aliena. Sed qui est usus, aut usufructus, in persona domini dominium appellatur : in persona extranei non est dominium ; sed usus aut usufructus tantum : ea ratione quam in usufructus definitione attuli d. c. 1. Postremo

dixi, quod usus est jus utendi : non addidi fruendi. quia, ut in antecessum monui, usus præsens est nudus sine fructu. & ideo nec opus fuit addi, salva rerum substantia, nam uti re est, ex ea : commodum & utilitatem percipere : non in infinitum, sed quantum satis est ; id est, non ad compendium, sed ut necessitati vitæ pro cuiusque conditione, & dignitate consulatur. nec hoc sine subsistit vis verbi : sed præterea vult, eam percipi ad modum, sive ad conditionem ad quam res vel a natura vel ex instituto patrisfamilias comparata est : tum postremo, ne sic consumatur, aut minuatur, sed ut salva maneat ejus substantia. quod si quis aliter, aut ultra, uti velit, is non uti, sed abuti dicitur. Frui plus significat : nam frui est, omnem habere utilitatem ac commoditatem quæ ex re vel occasione rei percipi potest, sive salva rei substantia, sive extincta ; item sive ad rei conditionem, sive contra eam : & hoc demonstravi plene d. c. 1. Sic vero intelligitur, quid indiget Ulpianus l. 2. h. t. Cui, inquit, usus relictus est, uti potest, frui non potest. ostendit enim, minus esse in usu, quam in usufructu, nec tamen in totum ab usufructu recedere. Utriusque communia (a posteriore enim parte incipiam) hæc sunt præcipua : quod iisdem illis modis, quibus usufructus constituitur, etiam nudus usus constitui solet : iisdemque illis modis finitur, quibus & usufructus definit pr. *Inst. h. t.* præterea sicut

fructuarius fructus percipere debet cum secundum rei conditionem, tum ut salva maneat ejus substantia: ita similiter usuarius debet eos percipere ad modum rei, & ut salva sit ejus substantia, quamdiu durat aut usufructus aut usus: finito autem alterutro jure, debet uterque quod superest, proprietario restituere. ac sicut eo nomine fructuarius a Prætoribus jubetur de utroque cavere datis fidejussoribus, quo de jure suo certus sit dominus proprietatis: ita similiter Prætor, si usus sine fructu legatus erit, jubet usufructum, adempta fructus causa, satisfacere *l. 5. §. 1. D. usufr. quemadm. cav.* Summa illa similitudinis. Differentiæ hæc est: quod in usu minus juris est, quam in usufructu *§. 1. Inst. l. 10. §. 4. D. h. t.* nam fructuarius rem fructuariam exercet non ad necessitatem tantum, sed ad compendium quoque: usufructus autem eam non habet ad compendium, sed tantum ad necessitatem suam quotidianam, pro dignitate tamen. ita alter potest eam cum aliis communicare locando, vendendo, donando: alter non potest, præterquam in paucis casibus qui sunt in *l. 12. §. 4. & l. 22. D. h. t.* recepti jure singulari.

A superiore differentia pendet etiam sequens, quod usufructus est dividuus *l. 5. D. de usufr.* usus omnem divisionem respuit *l. 19. h. t.* Ab eadem quoque ratione in oneribus differt usus & usufructus: nam si omnis fructus ad usufructum pertinet; rationis est, etiam onera ad eum pertinere, sin ad proprietarium redeant commoda, ad eum etiam spectent onera: postremo si communia utriusque sint commoda, etiam communia utriusque sint onera *l. 18. D. h. t.* Nec hoc omitto: cum similiter sit ab eodem fonte: quod usufructus extinctus non semper redit ad proprietatem propter jus accrescendi: usus vero jus accrescendi non agnoscit. Hæc sic in genere sunt vera & clara: sed ut Fori disputatione pleraque sunt in singulis definita, variatum admodum fuit a Veteribus, ideoque generali hac expositione contentus non fuit Ulpianus, sed separatim videri voluit de usu domus, fundi, servi, pecoris. De quibus præclare Janus a Costa *ad h. t. Inst.* quem vide.

Superest altera pars Rubricæ, De habitatione: tertiam adferens speciem servitutis personalis *§. ult. Inst. h. t.* non tamen ex regulis juris: & præbet ar-

gumentum, quod has Marcianus *l. 1. D. de servitutibus* quæ est ex *lib. 3. Regularum*, personarum servitutes enumerans, eas esse ait, *usum & usufructum*; nulla habitationis facta mentione. Modestinus etiam *l. 10. D. de capite minutis*, Si, inquit, *habitatio legetur, morte quidem legatarum legatum intercidit, capitis diminutione tamen interveniente perseverat: & pro ratione sic subjicit: videlicet quia tale legatum in facto potius, quam in jure consistit.* quomodo a Paulo *l. 27. §. 2. D. de pactis* in stipulationibus dicitur jus contineri, in pactis factum verari. Et in *l. 48. §. 1. D. de adq. rer. dom.* dicitur usucapio quidem ad jus, fructuum vero perceptio ad factum pertinere. Putemus igitur, habitationem extra regulas juris fuisse receptam pro servitute personali, idque etiam indigitare Imperatorem *d. §. ult.* cum ait, habitationem neque usum videri, neque usufructum, sed quasi proprium aliquod jus. quamquam, ut ab utroque distinguatur, magis ad usum, quam ad usufructum accedere, Ulpianus censet. *l. 10. D. h. t.* Verba Ulpiani: *Si habitatio legetur, an perinde sit, atque si usus, queritur? & effectu quidem idem pene esse legatum usus & habitationis, & Papinianus consensit lib. 18. Questionum.* Denique donare non poterit. sed eas personas recipiet quas & usufructus. Ad heredem tamen nec ipsa transit: nec non utendo amittitur, nec capitis diminutione. Sic editur, Male. scribo: *Ad heredem nec ipsa transit: nec tamen non utendo amittitur, nec capitis diminutione.* verissimo sensu quem probavi *lib. 3. Probabilium c. x.* Atqui idem Ulpianus *l. 5. §. 3. D. Usufruct. quemadm. caveat, Et si,* inquit, *habitatio, vel opera hominis, vel cuius alterius animalis, relicta fuerint, stipulatio locum habebit; licet per omnia hæc usufructum non imitantur.* Sic omnes libri. si vere: habitatio magis ad usufructum accedat, quam ad usum. Sed videamus, ne hic quoque laboret scriptura, & præstet restitui, *Licet per omnia hæc usum fructumve non imitantur.* Ita conjeci *d. lib. 3. c. xi.* ubi vide. Dixi, quid obtinuerit, legata habitatione. sed quid, si *χρησις* sit relicta, aut relictus domus usufructus habitandi causa: vel usus habitandi causa? de omnibus his ex Veterum sententia Ulpianus *d. l. 10. §. 1. & 2.* Sed a vetustate abit Justinianus *l. 13. C. de usufructu.*

LIBER OCTAVUS.

TITULUS I.

De servitutibus.



Titulus hic, etsi inscribatur *De servitutibus*, tantum prædiorum servitutes complectitur: cum alioquin usufructus & usus etiam servitutes indigentur *l. 1. h. t.* Sed quæ prædiorum jura sunt, servitutes per excellentiam appellari, dictum est *Tit. 1. superioris libri.* De his sic Paulus *l. 3. h. t.* *Servitutes prædiorum alia in solo, alia in superficie consistunt.* Hæc urbanæ *l. 20. D. de servit. præd. urb.*

illæ rusticæ, appellantur *l. 13. D. de servit. præd. rustic.* inde quæsitum ibi; an vel vineis acquiritur servitus rustica. erat dubitatio; quod vineæ videntur ad superficiem respicere: cum rusticæ servitutis sit, solo prodesse. Sed placuit Javoleno, vineis acquiri rusticam servitutem: quasi his debita servitus, magis ad solum respiciat. ideoque, inquit, Javolenus, sublatis vineis, servitus manebit, vineis imposita, quasi solo, non superficiem, inhærens.

TITULUS II.

De servitutibus prædiorum urbanorum.

Alt igitur Paulus l. 3. D. de servitutib. servitutes urbanorum prædiorum (inde ordietur interpretatio) in superficie consistere, quia vero ædes superficiarias vocamus l. 2. D. de superficiebus, Justinianus §. 1. Inst. de servit. præd. convenienter Paulo, urbanorum, inquit, prædiorum servitutes esse has quæ ædificiis inhaerent. nec male addit, ideo urbanorum prædiorum dictas: quoniam ædificia omnia urbana prædia appellamus, etsi in villa ædificata sint. Idque & Ulpianus confirmat l. 1. D. Commun. præd. Exempla porro servitutum urbanorum prædiorum Gajo l. 2. h. t. talia sunt: jus altius tollendi & officiendi luminibus vicini, aut non extollendi. Item stillicidium avertendi in rectum vel aream vicini, aut non avertendi. Item immittendi tigna in parietem vicini: & denique projiciendi protegendive: ceteraque istis similia. Primum Gaji exemplum est, jus altius tollendi & officiendi luminibus vicini. An recte? aliquis dubitet: eo quod unicuique jure naturali licet, in suo facere id quod velit, etiam cum alieno incommodo l. 9. D. h. t. modo nihil immittat in alienum l. 8. §. 4. D. Si servit. vindic. certo, eum qui jure suo utitur, nulli injuriam facere l. 55. D. de reg. jur. sic vero, cur jus altius tollendi, cum libertatis sit, a Gajo servitus urbanæ prædii appelleretur, causa non est. Sed mihi probabile est, ad servitutem accedere: si ponatur, quod Romæ legibus definita fuit altitudo; intra quam unusquisque ædificando deberet consistere. talem autem Romæ fuisse formam, inter alios observant J. Lipsius lib. 3. De magnitud. Rom. c. 4. B. Briffonius lib. 1. Select. antiq. c. 1. & P. Faber ad l. 61. D. de reg. jur. etiam attingunt hanc l. 1. C. de edific. privat. l. 1. C. de servit. l. 11. D. h. t. In hoc igitur juris statu si maneat ædificatio infra præscriptam formam, libertas est: si eam superet, vicino permittente, appellatur servitus. Licuit vero, vicinis, ut apparet, pactionibus & stipulationibus in hoc venire adversus leges: postquam creditum est, talem formam magis ad privatam, quam ad publicam, utilitatem pertinere. Sed hoc ex d. l. 11. §. 1. C. de edific. privat. intelligitur.

Alterum urbanæ servitutis exemplum Gajo d. l. 2. h. t. venit jus altius non tollendi. obtinet illam vicinus, a vicino impetrans; ne ædes suas tollat ad præscriptam legibus altitudinem. Indicio hoc Imp. Diocletiani & Maximiani, Aniceto cui-dam rescribentium, *Altius ædificia tollere, si domus servitatem non debeat, dominum ejus minime prohiberi.* l. 8. C. de servitut. Ita, si hoc modo non obscurantur vicinæ ædes. Imo Ulpianus l. 9. D. h. t. scribit, *Cum eo qui tollendo obscurat vicini ædes quibus non serviat, nullam competere actionem.* Proinde quisquis nolit, ædes suas ædificando fieri obscuriores, eum oportet a vicino impetrare, ne ædes suas altius tollat. Sic apparet civilis ratio admittendæ hujus servitutis, tam certa ejus utilitate, ne luminibus officiatur. is vero finis interdum subauditur a Veteribus: ut sit in l. 2. §. l. 12. D. h. t. interdum exprimitur hoc modo: Ne altius quis tollat ædes, ne luminibus officiatur: ut in §. 1. §. ult. Inst. de servit. prædior. Gajus lib. 2. Inst. tit. 1. ita indicat: *altius erigenda domus aut non erigenda, ut ita quis fabricet, ut vicina domui*

lumen non tollat. Locus Gaji huc usque fuit in vitio: sed me conjectore, est ad hanc faciem reformandus. Hoc infra ostendam. interim non præeribo; quod hæc servitus, sic concepta adjecto ejus fine, non est duplex servitus; sed una dumtaxat: in qua posteriora verba pendent a prioribus; ab iisque sic coarctantur, ut solam impediunt obscurationem luminum, ædibus altius sublaris contingentem. & est hinc consequens; (auctore Javoleno l. 12. D. h. t.) ut ædificia quæ patiantur servitutem Ne quid altius tollatur, possint supra eam altitudinem habere viridaria: puto, quod ea formula de viridibus tacet: solum cavet, ne altius ædificetur. & si plus voluit stipulator, debet sibi imputare: quod ubi poterat stipulatione plus complecti, non fuit plenius locutus: Jurisprudentia semper libertatis, numquam servitutis, studiosa sine expressa stipulatione l. 99. D. de verb. oblig. Viridia porro, ut hoc addam, apud Javolenum sunt arbores, silvæ, pomaria, similia, in summis tectis posita. Auctor Plinius lib. 14. Hist. nat. c. 14. verbis sequentibus, *In tecta jam silvæ scandunt.* Seneca quoque Epist. 122. *Non vivunt contra naturam? qui pomaria in summis turribus serunt, quorum silvæ in tectis domorum ac fastigiis nutant, inde ortis radicibus quo improbe cacumina egissent.* Item Rutilius Numatianus, *Itinerario.*

Quid loquar inclusas inter laquearia silvas

Vernula qua vario carmine ludit avis.

Huc usque de jure Ne altius tollatur, ne luminibus officiatur.

Proxima deliberatio erit de servitute Ne luminibus officiatur. quæ servitus, ut apparet ex l. 4. l. 15. l. 16. l. 23. D. h. t. etiam Lumen appellatur, & servitus Luminum: pari forma quæ servitus Prospectus alias dicitur jus Prospectus, & Ne prospectui officiatur: cum sit una servitus, pluribus nominibus designata: ut in sequentibus apparebit. Sed quid est? Servitus quam vocamus Lumen vel jus Luminum, vel Ne luminibus officiatur, latissime patet. simpliciter quippe concepta; nec, ut superior illa Ne altius tollatur, ne luminibus officiatur, ullo fine aut modo coarctata, consequenter fit adversus eam quocumque modo obscurantur ædes; sive ædificando, sive aliter. Id in oculis habuit Paulus d. l. 4. h. t. si recte exponantur ejus verba admodum obscura. *Luminum servitute constituta, id adquisitum videtur, ut vicinus lumina nostra excipiat. Cum autem servitus imponitur, Ne luminibus officiatur, hoc maxime adepti videmur, ne jus sit vicino, invitis nobis altius ædificare, atque ita minuere lumina nostrorum ædificiorum.* Quid hic Paulus? putat, unam esse servitutem: quæ brevius dicitur Lumen, vel servitus Luminum: plenius servitus, Ne luminibus officiatur: pari formularum potestate. Nec te offendat vocula, *autem*, quæ utitur Paulus: sumenda enim pro *etiam*: ut sæpe apud nostros & alios auctores. Atqui Paulus; imposita servitute, Ne luminibus officiatur, ait, nos hoc maxime videri adeptos, ne vicino jus sit, invitis nobis altius ædificare, atque ita minuere lumina nostrorum ædificiorum. Recte mones. Paulus non simpliciter ait, hoc nos adeptos esse; sed ait, videri nos hoc maxime adeptos. indigitans,

nos ea formula non esse adeptos solum, ne ades nostræ altius ædificando obsecrentur: sed etiam aliud præterea. quid autem hoc sit, ipse non declarat Paulus *d. l. 4.* sed Ulpianus *d. l. 15. h. t.* sic loquens, edente Haloandro: *In luminibus autem ne lumina cujusquam obscuriora fiant.* Ulpianus in servitute Luminum, sive Ne luminibus officiatur (nam de ea agit) ita observari refert; ne lumina qualicumque modo fiant obscuriora. & inde mox sic infert: *Quodcumque igitur faciat ad luminis impedimentum, prohiberi potest, si servitus debeat.* Sensus est, constituta servitute Luminum, sive Ne luminibus officiatur, prohiberi, quidquid fiat ad luminis impedimentum; sive altius ædificando, sive positis arboribus. Hoc posui exemplum, ut ab ipso suggeritur Ulpiano *l. 17. h. t.* quam soleo conjungere cum *d. l. 15.* sicut olim cum ea cohæsit: monstrante utriusque cum Inscriptione, tum argumento. sic vero sonat: *Si arborem ponat, ut luminis officiatur, æque contra impositam servitutem eum facere.* Quam obrem? præfatur Ulpianus, *Et arborem efficere, quo minus lumen cæli videri possit.* Nec hoc sine terminat formulæ amplitudinem. quin eam latius porrigit: quid enim, si id quod ponitur, lumen quidem nihil impedit, solem autem auferat? sic pergit Ulpianus: *Si quidem eo loci quo gratum erat, eum non esse, potest dici, nihil eum contra servitutem facere: sin vero heliocamino vel solario, dicendum erit, quia umbram facit in loco, ubi sol fuit necessarius, contra servitutem impositam fieri.* Ulpianus appellatione heliocamini vel solarii, quæ verba idem significant, intelligit locum in ædibus aliquando tectum, aliquando subdialem, excipiendo soli comparatum. ejus solarii meminit Plautus *Milit. glorios. act. 2. sc. 3. vers. 79.* & Suetonius *Claudio c. 10.* heliocamini Plinius *lib. 2. Epist. 17.* Utebantur tali loco Veteres apricantes: in sole jacentes, aut ambulantes nudi: ut apud eundem Plinium, *lib. 3. Epist. 5. & Epist. 1.* Sic apparet, Ulpiano recte videri, etiam contra hanc servitutem fieri; cum umbra sit in solario vel heliocamino: cui sol est necessarius. Sequitur apud Ulpianum *d. l. 17. §. 1. & 2.* *Per contrarium si deponat ædificium vel arboris ramos quo facto locus opacis quondam cæpit solis esse plenus: non facit contra servitutem. hanc enim debuit, ne luminibus officiatur. nunc non luminibus officit, sed plus æquo lumen facit.* Nec hoc omittendum putavit Ulpianus, *Interdum dici posse, eum qui tollit ædificium vel deprimit, luminibus officere: si forte τὸν αἰὲν ὑπὸ κατωρίῳ, id est per refractionem, seu repercussionem vel pressuram quadam, lumen in eas ades devolvatur.*

Dedi integrum sensum formulæ servitutis Luminum, sive Ne luminibus officiatur, interpretatus Paulum posteriore parte *d. l. 4. h. t.* Restat, quid priore designet, sic scribens: *Luminum servitute constituta, id acquisitum videtur, ut vicinus lumina excipiat.* Paulus, *Lumina excipi*, ait: ut in *l. 20. §. 6. h. t.* dicit, *recipi stillicidia:* adversus quæ nihil jure fieri potest. Quod si est: apparet Paulum *d. l. 4.* voluisse servitutem Luminum idem complecti jus, quod comprehenditur servitute, ne luminibus officiatur. adeoque unam esse servitutem, formulas duas: nec interesse, hæc, an illa, utamur: utraque eodem exeunte. Sic mihi incidit. aliis placet, Paulum, constituta servitute Luminum, vicino concedere jus aperiendi suum parietem, & lumina sive fenestras in apertum immittendi. Male: quando potest unusquisque dominus, nisi lege prohibeatur, (quod in proposito

nusquam invenio factum) æque lumina, sive fenestras, in suum parietem immittere suo jure; ac potest sua libertate in eo facere quæ velit, alia omnia. *8. §. 5. D. Si servit. vindic.* etsi vicino quod facit, sit molestum. Hoc Paulo fuisse negotium, vel hinc evidens est: quod non dicit, Luminum servitute constituta, esse acquisitum; ut possimus lumina nostra immittere, sed ut vicinus lumina nostra excipiat. quod (ut modo demonstratum) significat, vicinum a quo cessa sit servitus Luminum, non posse immittis luminibus jure officere.

Hoc constituta Luminum servitute, quam dixi etiam vocari servitutem Ne luminibus officiatur. Idem ea non constituta; vel sic indubitato domini jure. Luber tamen, quo magis liqueat res elegans, etiam ei lucem petere ab hoc Ulpiano *l. 11. D. h. t. Qui luminibus vicinorum officere, aliudve quid facere contra commodum eorum vellet, sciet se formam ac statum antiquorum ædificiorum custodire debere.* Aliquis aperuit suum parietem, inque apertum immisit lumina seu fenestras, non impetrata a vicino servitute Luminum, sive servitute Ne luminibus officiatur. Hæc species: Quid Ulpianus? putat, Eum qui lumina seu fenestras in proprium parietem immisit, non constituta Luminum servitute, in suo usum esse jure sui domini; sed vicinum contra in suo ædificantem, ponentemve aliquid, ejus luminibus posse officere pari domini jure, servata forma ac statu antiquorum ædificiorum. Siccine? quæris? si putasset Ulpianus, lumina nullo jure esse a domino in suum parietem immissa, non constituta Luminum servitute: jussisset, vicinum, agere actione negatoria, non esse adversario jus, ita lumina sive fenestras habere. Nunc id non agit: tantum facit vicino jus, adversarii luminibus officere: modo inter hoc quod ponit ædificatve ad luminum obstructionem, spatium legitimum relinquat. Existimat igitur Ulpianus, lumina ab uno domino in parietem suum jure immitti quamvis citra servitutem: & ab altero in suo jure obstrui, pari utrique libertate. quod si nolit quis, fenestras in suum immittitur: ei necesse esse, a vicino impetrare non jus immittendi lumina sive fenestras, quod ultro habebat sed jus Luminum, sive jus Ne luminibus officiatur quod non habebat. Sic Ulpianus. Simile innuit Pomponius *l. 23. D. h. t.* hisce verbis: *Si servitus imposita fuerit, lumina quæ nunc sunt, ut ita sint, de futuris luminibus nihil caveri videtur. Quod si ita sit tantum, ne luminibus officiatur, ambigua est scriptura: utrum ne his luminibus officiatur, quæ nunc sunt, an etiam his quæ postea quoque fuerint? & humanius est verbo generali omne lumen significari, sive quod in presenti, sive quod post tempus conventionis contigerit.* Mea sententia, Pomponius domino permittit, fenestras sive lumina in parietem suum immittere, etsi non impetrata servitute Luminum, vel Ne luminibus officiatur: ita tamen, ut vicino quoque jus sit eis officere. nam quæsto, utrum sub jure Luminum, vel Ne luminibus officiatur, tantum præsentia, an futura quoque, lumina comprehendantur; si nolit, domino licere, lumina in suum parietem immittere sine vicini consensu: possit metui; ne nullus sit ejus quæstionis usus: siquidem nihil attineret quærere; an vicino liceat officere luminibus ab altero immittis, quod est minus: cum possit, quod plus est, agere actione negatoria, adversario non esse jus, se invito ea lumina immissa habere.

Hactenus de proprio pariete. De alieno quæris?
vix

vix opus: nullo dubio, quin vicinus in eum, domino invito, nequeat lumina immittere: & contra dominus, ei cesso jure immittendi lumina, immissa teneatur excipere, id est, immisissis non officere. Illud non inutiliter conjecero, hanc servitutem quæ est jus immittendi lumina, seu immittendi fenestras, in vicinum, id est, in alienum parietem a Gajo *lib. 2. Inst. tit. 1.* proprio nomine jus fenestræ appellari. Gaji verba quia adhuc corrupta circumferuntur, apposui, ut corrigam, sicut promisi supra. sunt autem hæc: *Prædiorum urbanorum jura sunt, stillicidia, fenestra, cloaca, altius erigenda domus, aut non erigenda, & lumen, ut ita quis fabricet, ut vicina domui lumen non tollat.* Siquidem, sed videamus, ne forte melius scribatur, *stillicidia, cloaca, fenestra, altius.* Etiam suspicor, post verba, *aut non erigenda,* vacare hæc *& lumen;* cum sufficiant sequentia, *Ut vicina domui lumen non tollat.* Sane exemplis inde verbis, *& lumen,* plenus est Gaji sermo, nec dissimilis huic Justiniani in §. 1. *Inst. de servitut. præd. Ne altius quis tollat ades suas, ne luminibus vicini officiat.* Interim expungi verba, *& lumen,* non placet mihi. malim, rejici ad loci finem: distincturo sic Gajo jus lumen, sive jus non officendi luminibus, a jure domus altius non erigenda, ut ita quis fabricet, ut vicina domui lumen non tollat: quibus verbis ille, ut ante dictum, designat jus altius non tollendi, ne luminibus officiat. Sic domi conjeci, atque a Gajo nominati tres distinctas species servitutum: jus immittendi lumina seu fenestras; jus lumen, sive ne luminibus officiat; & jus altius non tollendi, ne luminibus officiat: & restituendum hoc modo esse Gajum: *Prædiorum urbanorum jura sunt, stillicidia, cloaca, fenestra, altius erigenda domus, aut non erigenda, ut ita quis fabricet, ut vicina domui lumen non tollat, & lumen.* Dixi, quid juris sit, fenestris in alienum parietem immisissis, constituta servitute: ac si quis eas in alieno fecerit, vel vi, vel clam, vel precario, nullo jure fecisse. optimo igitur jure placet Diocletiano ac Maximiano, eum compelli, opinor, actione negatoria, suis sumptibus opus tollere, & integrum parietem restituere *l. 8. C. de servitut.*

Tantum de pariete plane alieno. Age, videamus de communi, id est, de alieno ex parte. Paulus *l. 40. D. h. t.* sic scribit: *Eos qui jus luminis immittendi non habuerunt, aperto pariete communi, nullo jure fenestras immisisse respondi.* Hæc recepta lectio: in qua duo notabo: primum, non fieri mentionem juris lumen, neque juris non officendi luminibus; sed juris luminis immittendi, id est, ut supra dixi, juris fenestræ. Deinde monebo, parietem quem communem vocat Paulus, accipi oportere communem non pro indiviso, sed pro diviso regionibus: ut de lapide, deque insula, dicitur *l. 7. §. ult. l. 8. l. 29. D. de adq. rer. dom. & l. 83. D. Pro socio.* id ideo: quod sic paries est pro parte alienus, eoque capax servitutis: cujus non foret capax, si esset communis pro indiviso: non solita servitute pro parte imponi aut adquiri *l. 6. §. 1. D. Commun. præd.* Immisit igitur vicinus fenestras in parietem pro diviso communem. An jure? Paulus affirmat, si fuerunt immisissæ ab eis qui habuerunt jus immittendi luminis: sive jus immittendi fenestras: alioquin negat. ita constat ratio receptæ lectioni, *aperto pariete communi.* Sed huic litem de sinceritate movet Dominus Cujacius *lib. 1. Observ. c. 31.* pro ea ponens, *aperto*

cæco pariete: non improbane Leunclavio V. Cl. *lib. 2. Annot. c. 29.* quamquam ipse malit, *aperto pariete inlumi.* Illis causa sic emendandi fuit; quod putarent, lumen immisionem, quantumvis factam in parietem proprium, qui erat cæcus, nisi constituta lumen servitute, legibus fuisse prohibitam. Sed talis prohibitio est facti, & probanda; nusquam vero liquet in Pandectis aut alibi Pauli tempore. contra demonstravi evidenter, unicuique tum licuisse, in suum parietem fenestras jure suo immittere; vicino autem ad removenda illa immissa non competiisse actionem negatoriam; sed dumtaxat jus officendi luminibus. Est igitur retinenda recepta lectio, *aperto pariete communi.* ac ne quem offendat inhumanitas curiosi vicini, facile lites ac rixas paritura: contra oportet meminisse differentia quam alibi feci inter juris regulas & juris præcepta. nec frustra addam hoc ex Harmenopulo *lib. 2. tit. 4. pag. 131. & seq.* Curiosi quidam atque invidi prohibere eos nituntur, qui domos extruunt, unde in adeis vicini pateat aspectus. id quod neque legibus cavetur, neque ex veterum adfectorum ratione colligere licet, veteres hanc injuriam putasse. videmus enim omnes fere domos se invicem spectantes. Nulla enim veteres illi invidia laborabant. Quocirca neque nos damnum ullum in tali aspectu esse censemus. unusquisque igitur ex iis qui hoc incommodi loco ducunt, vicino quidem more suo edificare permittat, ipse vero suas muniat & ita obstruat ades, ne spectari possit: idque vel apertis qui dicuntur, cancellis, vel sepibus, vel ut aliter libuerit. Neque enim propter alterius damnum, æquum est quemquam sua munire ac obstruere.

Ostendi, ex sententia Pauli in *d. l. 4. h. t.* unam esse servitutem, quæ alias Lumen vocatur, alias Lumen, alias Ne luminibus officiat. Videmus, an liceat hoc exemplo putare, etiam unam esse servitutem; quæ modo dicitur Prospectus, modo Jus prospectus, modo Jus ne prospectui officiat: Sed, puto, etiam hæc, cum una sit, tot nominibus optime indigitatur *l. 15. & 16. D. h. t.* Verba loci utriusque adscribam: quia præterea faciunt discrimen inter Lumen & Prospectum, ipsum non indignum annotari. Verba *d. l. 15.* ex Ulpiano hæc sunt: *Inter servitutes, Ne luminibus officiat, & Ne prospectui offendatur, aliud & aliud observatur: quod in prospectu plus quis habeat, ne quid scilicet officiat ad gratiorem prospectum & liberum. in luminibus autem, ne lumina cujusquam obscuriora fiant. quodcumque igitur faciat ad luminis impedimentum, prohiberi potest, si servitus debeat.* Verba *d. l. 16.* ex Paulo talia sunt: *Lumen, id est, ut cælum videatur. & interest inter lumen & prospectum. nam prospectus etiam ex inferioribus locis est: lumen ex inferiore loco esse non potest.*

Sequuntur aliæ duæ servitutes prædiorum urbanorum: una est jus immittendi tigna in parietem vicini *l. 2. D. h. t.* altera oneris ferendi §. 1. *Inst. de servit. præd.* Differunt illæ: quod qui habet justigni immittendi, potest tignum ex suo pariete immittere in vicini parietem, ita ut ibi quiescat *l. 242. §. 1. D. de verb. signif. l. 8. §. 2. D. Si serv. vindic.* at in servitute oneris ferendi hoc plus venit, quod qui hanc debet, tenetur columnam aut parietem reficere *l. 33. D. h. t.* Non sinebat hoc natura servitutum *l. 15. §. 1. D. de servitut.* ideoque cum ea res in Fori disputatione verteretur, negabat Gallus, servitutem ita posse imponi; ut quis aliquid facere cogeretur; sed

ne me facere prohiberet. Cæterum ait Ulpianus, evaluisse Servii sententiam in proposita specie: ut quis possit defendere, sibi jus esse, cogere adversarium, reficere parietem ad onera sua sustinenda *l. 6. §. 2. D. Si servit. vindic.* hoc opinor, colore: quod omnes servitutes sunt perpetuæ, exemplo prædiorum quibus inhærent. parietes & columnæ contra, nisi reparentur, tempore pereunt. igitur qui debet jus oneris ferendi, tenetur ad parietis aut columnæ refectionem: eo quod in lege ædium ita esset scriptum, Paries oneri ferendo uti nunc est, ita sit: eaque formula postulat, eum parietem oportere esse in perpetuum: nectamen hac agitur, ut in perpetuum idem paries æternus esset; quod ne fieri quidem potest: sed uti ejusdem modi in perpetuum esset paries oneri ferendo idoneus. quemadmodum si quis alicui cavisset, ut servitutem præberet qui onus suum sustineret, si ea res quæ servit, & tuum onus ferret, perisset, alia in locum ejus dari debeat *d. l. 33.* Interim quia ipsa res, non homo cujus ea sit, debet servitutem, ideo licet domino, volenti impensas refectionis evitare, fundum relinquere *d. l. 6. §. 2.* Plane sicut resectio pertinet ad vicinum, ita futura ad eum cui debetur servitus *l. 8. D. Si servit. vindic.*

Sequitur apud Gajum *l. 2. h. t. Item stillicidium avertendi in tectum vel aream vicini aut non avertendi.* Imp. Justinianus *§. 1. Inst. de servit.* etiam meminit fluminis. Interest autem inter utramque servitutem: nam stillicidium est, cum aqua pluvia stillatim cadit de summo tecto. flumen, cum per imam ædium partem more fluminis effunditur. Ita servitus stillicidii est; cum vicinus cogitur pati, ut aqua pluvia de vicini tecto casitet in ejus ædes, aream, aut cloacam: fluminis vero, cum vicinus tenetur, pati, ut aqua in canalem collecta, in ejus aream aut cloacam effundatur. utraque servitus est avertendi, vel non avertendi. jus avertendi stillicidium vel flumen est, cum vicinus nostrum stillicidiū aut flumen cogitur recipere in suam domum, aream, aut cloacam, jus non avertendi est, cum vicinus prohibetur suum flumen aut stillicidium derivare in vicini aream, domum, aut cloacam. habetque ea servitus usum; ubi vicino legibus aut moribus licet, suum stillicidium aut flumen in vicini aream avertere. Ita D. Vinnius *add. §. 1. n. 5.* Est porro jus stillicidii levius, quam fluminis:

ideoque altius tolli potest stillicidium: dimittere jus non est. similiter licet stillicidium retro ducere; producere non licet. præterea si ex tegula cecidit stillicidium, deinde non potest fieri, ut ex tabula casitet *l. 20. §. 4. §. 5. h. t.* uno verbo, potest levior fieri servitus: durior non potest. Est & alia præter hanc observatio: quod domino fundi servientis ibi, ubi casitare cœpit stillicidium, ædificare non licet *d. l. 20. §. 3.* nisi ædificatione non præjudicetur servituti *d. l. 20. §. ult. §. l. fin. §. fin. h. t.* aut dominus fundi dominantis patiat: existimandus servitutem suam sic amisisse *l. 8. D. Si servit. vindic.* Non obstat *l. 21. D. de servit. præd. urban.* Quia eadem ædes ibi duas debebant servitutes: unam, ne altius tollerentur; alteram, ut stillicidium reciperent. ac proinde altiore ædificatione concessa, uni tantum servituti, non alteri quoque, renunciatum videri, manifestum est. ideoque sic ædificari licebit, ut nihilominus recipiatur stillicidium.

Illud pulchræ est quæstionis, ædificio ex quo cadit stillicidium, sublato, ut eadem qualitate & specie reponatur: idemne, an aliud, ædificium intelligatur? Proposita & decisa ea quæstio a Paulo *l. 20. §. 2. h. t.* latiusque a me tractata, *De usufructu lib. 1. c. xi.*

Postremo ait Gajus *lib. 2. h. t. Et denique projiciendi, protegendive, cateraque istis similia.* Supra de immisilis dictum. ab his nunc projecta & protecta distinguuntur. nam immisilum dicitur tignum, quod aliquo requiescit loco. projectum, quod extra ædes ita projectum, ut nullo loco requiescat *l. 242. §. 1. D. de verb. signif.* Talia projecta sunt mœniana: de quibus inter cæteros Isidorus *lib. 15. Origin. c. 3. pag. 1195.* sunt etiam alia Pertinet igitur projectum ad urbanas servitutes. Atque ab hac causa Alfenus *l. 17. D. Si servit. vindic. Si quando,* inquit, *inter binas ades paries esset, qui ita ventrem faceret, ut in vicini domum semipedem aut amplius procumberet: agi oportet, jus non esse, illum parietem ita projectum in suum esse invito se.* Igitur remedium quo hoc incommodum emendatur, est actio negatoria. Illud quæritur, an projecta, immisilave, aut similia, etiam possint perdi aut dirui privata auctoritate ejus cujus injuria sit; ea quæstio est propter *l. 27. D. h. t. §. 1. 29. §. 1. D. Ad Leg. Aquil.* Sed has explicui *lib. sing. Ad Leg. Aquil. c. 19.*

T I T U L U S III.

De servitutibus prædiorum rusticorum.

Hic Titulus a servitutibus urbanorum prædiorum transit ad rusticorum prædiorum servitutes. De his statim occurrunt in *l. 1.* sequentia Ulpiani verba: *Servitutes rusticorum prædiorum sunt hæ: iter, actus, via, aqueductus.* Hic vero mireris apposita verba, sunt hæ: cum sint species plures, quam enumeratæ. Sed, credo, respicit Ulpianus ad Artis nostræ initia: & vult, has solas, non alias, tum regulis juris fuisse designatas. Melius hoc in sequentibus apparebit. nunc præsentia expositurus Ulpiani verba, primum attingam iter. id ille sic definit: *Iter est jus eundi, ambulandi homini, non etiam jumentum agendi.* Ire vero est, pergere, fere negotii causa. ambulare contra est, spatia facere, & spatiis factis in eadem vestigia reverti, amœnitatis plerumque gratia. Hanc verborum proprietatem annotavit antehac V. Cl. Ausonius

Popma *lib. 1. De differentiis verborum.* Si vere, ut puto: audebo, confiteri, ambulandi spatiandive verba itineris definitioni initio non convenisse: resistente rigore juris qui tum erat, ne prædii servitus ultra ejus necessitatem egrederetur *l. 8. D. de servitutibus.* & tamen potuere illa ambulandi & spatiandi verba ab Ulpiano itineris definitioni in *d. l. 1.* optime inferi: postquam adversus juris regulas moribus obtinuit, prædii servitutem non tantum necessitatis prædii, sed etiam amœnitatis causa constitui. fac: aliquis prædio suo a vicino impetrat jus spatiandi in amœnis deambulationibus quas ille Veterum more (de quo scripsi *lib. 1. De usufructu c. 5.*) in voluptuario prædio habebat. Hoc igitur exemplo potest, opinor, iter ab Ulpiano verissime dici jus eundi ambulandi. Quo modo? sive quis pedes, sive eques, commeare velit. sic ob-

servat

servat Modestinus l. 12. h. t. non male : nam & equis ire dicuntur homines. De Parthis Justinus lib. 41. c. 3. *Equis omni tempore vectantur ; illis bella , illis convivio , illis publica ac privata negotia obeant ; super illos ire , consistere , mercari , colloqui . hoc denique discrimen inter servos liberosque est : quod servi pedibus , liberi non nisi equis incedunt .* Paulus l. 7. d. 2. plus ait : *Qui sella vel lectica vehitur , ire non agere dicitur .* Cum sellam , vel lecticam nominat : intellige gestatoriam , & utriusque fuisse usum , impetrato a vicino gestandi jure in locis prædii amœnis , quos veteres gestationes indigitasse , monui d. c. 5. lib. 1. Jam vero lectica & sella differentiam , item cur his iri , non agi dicatur , si quis quærat , ei videre licebit pridem tradita a V. Cl. Josepho Averanio lib. 1. Interpret. jur. c. ult. Cæterum quod de equo , sella , & lectica dixi , an in nave quoque placet ? Paulo videtur l. 23. §. 1. h. t. Verba Pauli : *Si lacus perpetuus in fundo tuo est , navigandi quoque servitus , ut perveniatur ad fundum vicinum , imponi potest .* Et recte : nam & navigio iter deterius fieri , dicit Prætor l. 1. D. de flumin. Et Ulpianus §. 14. ibidem , iter navigii in Edicto pro navigatione positum esse ait . Et posse sic accipi iter navi deterius fieri . Et mox : Si pedestre iter impediatur , non ideo minus iter navigio deterius fit . Postremo addit Ulpiani definitio , *Iter esse jus eundi ambulandi homini ; cum etiam cætera ire dicantur animalia ; ut in illo Virgilii Eclog. 1. Ite mea , quondam felix pecus , ite capella . Et Eclog. 7. Ite domum saturæ , venit hesperus , ite capella .* Sed cæteris animalibus , ne vagentur eo , quo non oportet , solet addi pastor . tum vero est actus , non iter .

Vidimus iter . quis actus ? Ulpianus d. l. 1. h. t. sic definit : *Actus est , jus agendi vel jumentum , vel vehiculum .* addit : *Itaque qui iter habet , actum non habet : qui actum habet , & iter habet etiam sine jumento .* Primum ait : *jumentum* : puto , exempli causa . nam actum esse , ubi & armenta trajicere licet , testis est Modestinus l. 12. D. h. t. Deinde ait Ulpianus , *vel vehiculum .* Hortmanus legit , *non etiam vehiculum .* sed errat : nam actum vel cum vehiculo , plaustro verbi gratia , vel sine vehiculo est . illud apparet ex d. l. 12. l. 7. D. h. t. & l. 11. D. *Quemadmodum . servit. amitt.* hoc ex l. 13. D. de servit. Quod sequitur apud Ulpianum d. l. 1. *Itaque qui iter habet , actum non habet , qui actum habet , & iter habet , etiam sine jumento .* id etiam confitetur Julianus l. 58. D. de verb. oblig. Nulla tamen sit in actus definitione eundi mentio . Nempe , quia iter ab actu separatum , non est de substantia actus : sicut nec iter continetur proprietate verbi , *actus* . aliud enim est iter , alius actus l. 9. D. de novat. quin iter sequitur actum , fere ex tacita voluntate paciscentium : qui volentes actum quo plus continetur , iter quod minus est , noluisse , intelligi non debent l. 21. l. 110. D. de reg. jur. nisi hoc egisse manifeste appareat . Eo sensu dicit Ulpianus l. 4. §. 1. D. Si servit. vindic. eum qui actum sine itinere habet , actione de servitute uti . plane , si quæretur de itinere ad agendū necessario , sine hoc actus numquam esse potest : & de tali itinere accipi solet Paulus l. 1. D. de adim. legat. Putemus igitur , cui actus debetur , ei vel iter separatum , nisi exceptum sit , deberi tacite .

Nunc viam consideremus . id meretur res obscura & difficilis . Eam sic definit Ulpianus l. 1. D. h. t. *Via est , jus eundi & agendi & ambulandi . nam & iter & actum via in se continet .* An

recte ? est quod metuas . nam sic inter viam & actum nihil interest ; etsi eas servitutes Ulpianus manifeste distinguat . at nec potest negari ; quod ut actus ab agendo , sic via a vehendo , dicitur . Varro lib. 4. De ling. Latina . *Ut quo agebant actus , sic qua vehabant , via dicta .* Et lib. 1. De re rustica c. 3. *A quo rustici etiam nunc quoque viam veham appellant .* Ubi tamen vehiculum in definitione viæ apud Ulpianum ? nusquam . proinde visum quibusdam , Ulpiano in d. l. 1. pro verbo , *eundi* , reponere , *vehundi* : ut via sit jus vehendi , agendi , eundi atque ambulandi . Alii observant , Florentiæ exhiberi a Taurellio , *Nam & iter & actum & se via continet .* Et perinde accipiendam lectionem putant ; ac si diceret Ulpianus , viæ appellatione non solum comprehendi quod ei sit commune cum itinere & actu ; sed etiam quod ei maxime proprium sit , id est , vehiculum . Interea constans est cæterorum Codicum lectio : *Via est , jus eundi & agendi , & ambulandi . nam & iter & actum via in se continet .* Atque hanc lectionem etiam Græci retinent in Basilic. lib. 58. tit. 3. tom. 6. pag. 769. nec inde abhorret Celsus l. 6. §. 1. D. *Quemadmodum . serv. amitt.* & l. 9. D. de servitutibus : verbis , *ire agere* , utroque in loco omnem viæ potestatem describens . Eodem sensu Paulus l. 2. D. *Quemadmodum . servit. amitt.* *Qui* , inquit , *iter & actum habet* : pro , qui viam habet . Et in l. 9. D. Si servit. vindic. *Si eo loco per quem mihi iter debetur , tu edificaveris ; possum intendere , jus mihi esse ire agere .* Paulus iter dicit ; sed scripsit , *Si eo loco per quem mihi iter actus debetur* : nam de via ei sermo est in sequentibus manifestus ; & de ea par expressio : nec alia in hac Inscriptione ex Corpore J. Gruteri V. Cl. pag. 201.

PER. HANC
VIAM. FUNDO
C. MARCI. CL
PHILERONIS
ITER. ACTUS
DEBETUR

Volvimur circa definitionem Ulpiani : & ipse in d. l. 13. §. 1. D. de acceptilat. *Si* , inquit , *iter & actus accepto fuerit latus : consequens erit dicere , liberatum eum qui viam promissit .* Ulpianus indicat , quia via conficitur ex duobus , in est , ex itinere & actu : ideo promissa via , promissorem , si ei accepto feratur iter & actus , a viæ promissione liberari . Hæc me , ne ausim a recepta abire scriptura , retinent solius curiosum sensus . huc autem redit : quod via in se comprehendit omnia , itineri atque actui qualicumque ratione convenientia . ita fuerit viæ & actus differentia : quod via neque sine itinere , neque sine vehiculo , esse potest . at actui sine itinere , etiam sine vehiculo , esse licet . illud , quia is qui it , non utique agit : hoc , quia jumentum ducens , non minus agit , quam agens vehiculum . porro actus definitio altero contenta est actu aut jumentum aut vehiculi : via indefinite dicitur jus agendi : adeo non stat intra jumentum actum : quin omnem agendi facultatem etiam vehiculi desiderat l. 4. D. de servitutibus . amplius admittit jus trahendi tignum & lapidem . addo , cum it , jus ferendi hastam rectam , modo fructus non lædat l. 7. D. h. t. ea vero cum neque in itinere , neque in actu , insint : tandem liquet , viam ab itinere & actu separari : nec eo minus verbis , *ire & agere* , absolvi : dum ea in via liberam , plenam , atque omnimodam inveniant eundi &

agendi facultatem, quam vim in itinere & actu non habent. Mea opinione, apud Ulpianum huc eunt sequentia verba *Via est ius eundi & agendi. & ambulandi. nam & iter & actum viam se continet.* Et est sensus: quidquid est itineris aut actus ullo modo, nullo excepto, hoc via consummatur. Illud non omitam, in *l. 23. D. h. t.* laborare hæc Pauli verba: *Via constitui vel latior octo pedibus, vel angustior, potest, ut tamen eam latitudinem habeat, qua vehiculum ire potest: alioquin iter erit, non via.* Sic editur: sed est lacuna, sic integranda: *alioquin iter vel actus erit, non via.* Nempe latitudo actus si non sit demonstrata, est ista ab arbitro statuenda qua animal quadrupes ire potest. In via aliud ius est; non enim dicta latitudine, debetur legitima *l. 13. §. 2. D. h. t.* habens ex Lege Duodecim Tabularum in porrectum pedes octo: in anfractum, id est, ubi flexum est, sedecim *l. 8. d. t.* potest tamen latior, etiam angustior, constitui: modo vehiculum illa ire possit. sane Pomponius *l. 13. D. de servitutibus*, sic ait: *Si tam angusti loci demonstratione facta, via concessa fuerit: ut neque vehiculum, neque jumentum ea ire possit: iter magis quam via aut actus adquisitus videbuntur. sed si jumentum ea deduci poterit, non etiam vehiculum: actus videbuntur adquisitus.* Est & alia, præter hæc, differentia inter actum & viam, notata a Paulo *l. 7. D. h. t.* ad quam D. Cujacius *lib. 22. Observ. c. 35.*

Ex quatuor servitutibus rusticis ab Ulpiano *l. 1. h. t.* enumeratis, superest aquæductus: isque definitur ibi, jus aquæ ducendæ per fundum alienum. quo modo? aut forma structili, aut plumbeis fistulis, aut earum alibus ligneis, aut fictilibus tubis. sic Palladius *lib. 9. De rerum rustica c. 11.* ad aquam vero quod attinet: ait Ulpianus, solam duci perennem: talemque esse quæ a capite ducitur, non aliunde: & hujus tantum aquæ servitutem civili jure constitui. addit, caput esse, unde aqua nascitur: si ex fonte, ipsum fontem: si ex flumine vel lacu, prima incilia, vel principia fossarum quibus aqua ex flumine vel ex lacu solent in primum rivum communem peili. plane, si sudoribus manando in aliquem primum locum effluere atque ibi apparere aqua incipit, ejus hoc caput dici, ubi primum emergit. Sic Ulpianus *l. 1. §. 7. & 8. D. de aqua quotid.* eique accedit Paulus *l. 9. D. h. t.* verum addit, hodie ex quocumque loco constitui solere. Hodie autem esse post Rescriptum Antonini ad Tullianum, intelligitur ex Ulpiano *l. 2. D. Commun. præd.* estque illi exemplum in aqua per rotam tollenda ex flumine; vel si castello, in est, receptaculo aquarum, imponatur servitus: qua de re ad sequentem Titulum. Hæc de definitione aquæductus. pauca sequuntur de causa. Ea ab initio una fuit rigandi agri siccanæ, quatenus ei erat opus; non ultra. adeo non potuit aqua duci ad quem personæ usum commoditatemve, ut pecoris causa, vel amœnitatis, in prædia rustica vel urbana: nec magis potuit ducta cum alio communicari prædio, aut alio prædii loco, quam cui adquisitus esset aquæductus. fundamentum regulæ erat: quod aquæductus non putabatur esse jus sive qualitas ipsius domini, sed prædii, ideoque extra prædium, ejusque necessitatem, non intelligi. Is rigor placuit ab initio. At invalescente paulatim cultiore vita, an luxuria, deinde inductum fuit adversus veteres regulas, ut aqua duci posset non tantum rigandi agri causa, sed etiam ob domini ipsius commoditates alias, ut est pecoris causa, vel amœnitatis, cum in rustica, tum in urbana

prædia. Sic accipiendum: quod in *l. 3. & l. 1. §. 11. D. de aqua quotidiana* dicitur, *Hoc jure utimur*: nam ejus verbi vis est, Sic post multas variationes, tandem obtinuisse adversus juris regulam. Non minus obtinuit, ut aquæductus loco certo aut fundo certo adquisitus, cum alio loco aut fundo quam cui constitutus sit, communicari posset: si præsertim fieret sine damno servientis prædii, aut si in constituenda servitute sic placuisset pactis aut stipulationibus: alterum, quod servanda crederetur fides pacti: alterum, quod non videretur jus invidiosum postulare: volens sibi prodesse, cum non nocet alteri. Sed hæc, aliaque, ut sunt elegantia & nondum pervulgata, diligentissime a me exposita *lib. 1. Probabilium c. 2. & 3.* hic pro repetitis haberi cupio.

Tenes servitutes rusticorum prædiorum, ab Ulpiano in *l. 1. D. h. t.* enumeratas. Nunc accipe cæteras, mox in *§. 1.* subjectas. Verba Ulpiani sunt: *In rusticis computanda sunt, aqua haustus, pecoris ad aquam appulsus, jus pascendi, calcis coquenda, arena fodienda.* Vila igitur Ulpiano etiam hæc servitutes rusticæ fuere: at non ab initio ex regulis juris: sed postquam ampliatis rebus privatis, & mutatis civitatis moribus, sic usui placuit. Nec dubito, quin in *§. 2. Inst. de servit. præd.* huc eat hoc Justiniani: *Inter rusticorum prædiorum servitutes quidam computari recte putant aquæ haustum, pecoris ad aquam appulsus, jus pascendi, calcis coquenda, arena fodienda.* Ita est: illa & similia de quibus in *l. 3. 4. 5. & 6. h. t.* jure civili aliquando non fuere pro servitutibus rusticis. Movebat, quantum conjicio, quod ad agriculturam illa proprie non putabantur pertinere: etsi possent aliquam personæ domini adferre utilitatem. Verum adversus hanc subtilitatem prævaluit tandem sententia existimantium, a domino percepta ejus generis commoditate, non suo, sed fundi nomine, non idcirco separanda a servitutibus rusticorum prædiorum esse ea jura: quemadmodum ubi haberi possint, a bono rustico negligi ideo non oportere, quod ad agriculturam proprie non pertineant, bene & sapienter observat Varro *lib. 1. de rerum rustica c. 4.*

De singulis videamus. primum Ulpiani exemplum in *d. l. 1. §. 1.* venit aquæ haustus: estque is jus hauriendæ vicinæ aquæ ad usum fundi vel familiæ rusticæ. Unde? possit quæri: quia de procuranda villæ aqua necessaria hæc est Varronis deliberatio *d. lib. 1. c. 14.* *In villa adificanda hoc potissimum, ut intra septa villa habeat aquam, si non quam proxime. primum qua ibi sit nata, secundum, qua influat perennis. si omnino aqua non est viva, cisterna faciunda sub tectis, & lacus sub dio, ex altero loco ut homines, ex altero ut pecus uti possit.* Sic Varro. Sed quid Jureconsultis placuit? aquæ haustum concedi ex vicino fonte vel puteo: in quibus est aqua viva & perennis: sicut causam servitutis fundi perpetuam esse, illicivili jure volvere *l. 1. §. 6. & 7. D. de aqua quotid.* An ex cisterna quoque? negat Ulpianus *l. 1. §. 4. D. de fonte*: addita ratione; quod cisterna non habet perpetuam causam, nec vivam aquam: sed cisternæ imbris concipiuntur. idem esse ait Ulpianus; si lacus, piscina, puteus, vivam aquam non habeat. præterea observat Ulpianus *l. 3. §. 3. h. t.* quod ne ex flumine publico quidem, licet viva & perennis sit ejus aqua, aquæ haustus conceditur: scilicet, quia hæc est communis omnium jure naturali. ad flumen igitur solum cedi ait iter: & si quis tantum haustum cesserit, nihil

nihil agi. Hoc in flumine publico. in privato autem fonte censet, etiam eum qui haustum habet; intelligi, iter ad hauriendum habere: proinde, sive cessum ei sit ius hauriendi & adeundi, utrumque habiturum: sive tantum hauriendi, inesse & adiutum: sive tantum adeundi ad fontem, inesse & haustum. Sic Ulpianus *d. l. 3. §. 3.* cum eoque coniungendum hoc ex *l. 5.* (est enim ex eodem Ulpiani libro ex quo *d. l. 3.*) Ergo secundum eum (Neratium) etiam vindicari poterit. Id vidit Jacobus Labittus V. CL. Ego hoc plus addam, idem in *l. 4. §. 6. D. Si servus. vindoc.* significari his Ulpiani verbis: Sed & de haustu, quia servitus est, competunt nobis in rem actiones. Sensus: In rem actiones etiam de aqua haustu nunc competere: quia ut olim dubitaretur, an aquæ haustus esset prædii servitus: tamen hodie prædii servitus habetur: pro eaque vindicanda in rem actiones certo jure competunt.

Tantum de primo Ulpiani exemplo in *l. 1. §. 1. h. t.* Quod alterum? pecoris ad aquam appellus: est & tertium, jus pascendi. atque utrumque ait in rusticis computandum esse, licet initio fuerit aliter. id eo verius: quia illas rusticas esse servitutes, etiam a Paulo traditum *l. 6. §. 1. h. t.* Non minus hoc probat *l. 4.* Ulpianus: sed usus testimonio Neratii: quo non esset opus, si juris regulis deberetur. Verba Ulpiani sunt: Item sic possunt servitutes imponi, & ut boves per quos fundus colitur, in vicino agro pascantur, quam servitutem poni posse, Neratius lib. 2. Membranarum scribit. Superioribus adhuc addam sequens Papiniani responsum ex *l. 4. h. t.* Pecoris pascendi servitus, item ad aquam appellendi, si prædii fructus maxime in pecore consistat, prædii magis, quam persona videtur. Addit Papinianus: Si tamen testator personam demonstrat cui servitutem præstari voluit, emptori vel heredi non eadem præstabitur servitus. Est igitur jus pascui, item pecoris ad aquam appellus jure Pandectarum servitus rustici prædii, si dominus eo jure prædii sui nomine utatur. alioquin personæ. sed de hoc in sequentibus plura.

Postrema rusticarum servitutum exempla in *§. 1. d. l. 1. h. t.* sunt, jura calcis coquendæ & arenæ fodiendæ. Paulus *l. 6. §. 1.* addit jus lapidis eximendi, ædificandi ejus gratia quod in fundo sit. Rursus ait Ulpianus *l. 3. §. 1.* ut fructus in vicina villa exportentur, coactique habeantur, & pedamenta ad vineam ex vicini prædio sumantur servitutem constitui posse. plus ait *d. l. 3. §. 2.* possit te vicino, cujus lapidicinæ fundo tuo imminuant, cedere, ei jus esse, terram, rudus, taxa, jacere, & ut in tuo lapides provolvantur, ibique positi habeantur, indeque exportentur. Insuper ait Ulpianus *l. 5. §. 1.* constitui servitutem cretæ eximendæ: veluti (quod est exemplum Pauli *d. l. 6.*) si quis figulinas haberet in quibus vasa fierent, quibus fructus ejus fundi exportarentur: aut ut dolia fiant, vel tegulæ (vel) ad villam ædificandam *l. 6. h. t.* Non tamen hæc concedit in infinitum: sed duntaxat, quatenus ad eum fundum opus sit *d. l. 5. §. 2.* Verissime: si aliter non convenerit. Quid si hoc sit? Jam video metui: ne magis usufructus, quam prædii servitus, sit; præeunte, ut creditur, Paulo in *d. l. 6.* Etsi non desunt quoque: qui tantum personalem hac in specie obligationem esse, existiment. Verum ego calculum meum nec his, nec illis, adjeci umquam: arbitratus, Paulum certa uti distinctione: utrum jura illa a persona percipiantur ejus, an prædii, contemplatione: & priore

casu personæ, posteriore prædii, servitutem appellare. Nec tamen dissimulem, mihi confusa & turbulenta apparere Pauli verba, mutato eorum ordine ab Architectis juris: definitionem *d. l. 3. §. 1.* per exemplum adjuturis ex *d. l. 6.* Quid si præterea suspicor, Paulum ante versum, Quid ergo, in *§. 1. d. l. 6.* aliquas attrigisse species, non ad fundi necessitatem, sed ad augendos ejus redditus, præstandamve quam personæ commoditatem, pertinentes? Mitto verba: res loquitur absque his foret, parum coherens cum superioribus quod in sequentibus a Paulo dicitur de jure tugurii in alieno habendi, hoc enim nihil confert ad supplendam fundi necessitatem quam exigere creditur Paulus: tantum spectat ad evitandam aëris injuriam; id est, tantum ad procurandam personæ commoditatem. Non differam te: id vel sequentia ostendunt Varonis verba ex *lib. 2. De re rustica c. 17.* Qui autem sunt in saltibus & silvestribus locis pascunt, & non villa, sed casis repentinos imbres vitant. Sic Varro. etiam Ildorus *lib. 14. Origin. c. 12. p. 1202.* Verba: Tugurium casula est, quam faciunt sibi custodes vinearum ad tegimen sui, quas tegurium sive propter ardorem solis & radios declinandos, sive ut inde homines vel bestiolas quæ insidiari solent natis fructibus, abigant. Hanc rustici capannam vocant: quod unum tantum capiat. Ita sentio; & licebit mihi, Paulum retentis prope iisdem verbis in *d. l. 6. pr. & §. 1.* sibi hoc modo restituere: Item longe recedit ab usufructu jus calcis coquendæ & lapidis eximendi & arenæ fodiendæ ædificandi ejus gratia quod in fundo est: item silva cadua, ut pedamenta in vineas non desint: item creta eximendæ, veluti si figulinas haberet in quibus ea vasa fierent, quibus fructus ejus fundi exportarentur: sicut in quibusdam sit, ut amphoris vinum evehatur, aut ut dolia fiant, vel tegula (vel) ad villam ædificandam. Sed si ut vasa venirent, figulina exercebantur, usufructus erit. Quid ergo, si prædiorum meliorem causam hæc faciant? Non est dubitandum, quin servitus sit. Et hoc (&) Macianus probat: in tantum, ut & talem servitutem constitui posse putet, Ut tugurium mihi habere liceret in tuo, scilicet, si habeam pascui servitutem, aut pecoris appellendi, ut si hiems ingruerit, habeam, quo me recipiam. Sic Paulum restitui jam olim *lib. 1. Probabilium c. 3.* nec adhuc piget. Sensus; In omnibus his speciebus magis videri domini commoda, quam prædiorum necessitatem, contineri: nec eo minus appellari prædiorum servitutes, quoties ad domini personam veniunt: non ipsius, sed prædii nomine: eo quod augmenta prædii redditum pretiumque, faciunt meliorem ejus conditionem. cæterum, si quis habeat jura talia in vicini fundo faciendi, magis personæ suæ, quam prædii, contemplatione; hæc non deberi ei vi servitutis prædii, sed personalis servitutis. Sic Paulus, atque eo certius: quia tale jus personæ datum ejus causa, in *l. 4. D. de servit. præd. rustic.* servitus appellatur: & quidem usus, si subsistat intra personæ necessitatem *l. 37. D. eod. tit.* usufructus vero, si ad compendium porrigatur *d. l. pr. h. t.* quod si liqueat, aut testatorem aut contrahentes noluisse, hujusmodi jura vel prædii vel personæ servitute æstimari: non jam prædium convenietur confessoria in rem actione; sed heres aut promissor saltem actione in personam convenietur. Ne deessent exempla, curavi olim *d. c. 3. Probabilium lib. 1.* Nunc elegans hoc addo ex testamento Megonii, quod est in Corpore Gruteri, V. CL. pag. 215. Inscript. 2. hisce verbis:

HOC.

HOC. AMPLIUS. AB. HEREDIBUS. MEIS. VOLO. PRAESTARI. REIPUBLICAE. PETELINORUM. CORPORI. AUGUSTALIUM. EX. PRAEDIS. CAETERIS. MEIS. PALUM. DICARE. OMNIBUS. ANNIS. SUFFICIENS. PEDATURAE. VINEAE. QUAM. AUGUSTALIBUS. LEGAVI. formula hæc legati damnationis.

Ad intelligendum igitur in proposito juris progressum, quem ubique investigari & nosci interest Jurisprudentiæ, superior profuit observatio: sed non minus opportuna erit sequens. Audiamus. Hoc & superiore Titulo urbanas servitutes distinximus a rusticis; & suas utique generi species assignavi. Nunc dissimulare, neque volo, neque debeo, quas urbanas dixi, a Veteribus aliquando rusticas appellari, & quas rusticas nominavi, aliquando urbanis annumerari: eamque confusionem Interpretibus claris & eruditis esse gravem: quia Artem nostram contemplantur, tamquam una hora de cælo delapsam more imbris. id nollem factum; nec esse verum, alias serio monui. in præsentia quoque juvabit, contra ire; & putare, non tantum definitas initio regulis juris servitutes fuisse certas, & usum hominum deinde plures addidisse: sed plerasque insuper, moribus sic volentibus, a sua natura abiisse; & quæ ab initio dumtaxat rusticæ fuere, temporis progressu etiam urbanas esse cœpisse: & contra, quæ initio urbanae saltem fuerunt, paulatim etiam ad rusticas inclinasse. Tantum valet usus! auctis, ut sit, rebus humanis, aut mutatis per luxuriam civitatis moribus. Cedo exemplum, evidens in itinere & actu. has servitutes ab Ulpiano rusticas dici in *l. 1. D. de servit. præd. rustic.* ut ob rustica prædia sunt comparatae, nemo nescit. obtinuisse tamen, ut iter & actus etiam ad domum concedi posset, liquet ex *l. 20. §. 1. D. de servit. præd. urban.* *l. 7. §. 1. & l. 14. §. 1. D. Commun. præd.* cœpisse igitur urbani quoque prædii esse servitutes, ne dubitemus *l. 1. d. t.* Simile est animadvertere in aquæductu. is est inventus in usum prædii rustici, & quidem rigandi causa tantum. alium finem ejus origo non invenit. ita proprie rusticam esse servitutem, verissime definit Ulpianus *l. 1. D. de servit. præd. rustic.* Sed fac, agi; ut non ad rigandum, verum pecoris causa, vel amœnitatis, aqua ducatur, puta, quod luxuria excogitavit, ut in domo sint aquæ salientes, vel flumina per cubicula fluentia. aliquando fuit dubitatum non modo qualis esset servitus; sed etiam, an esset aliqua, non sine ratione: nam aquæductum sic alio produxit conventio, quam ad quod regulis juris fuit comparatus. Pomponius tamen *l. 3. & Ulpianus l. 1. §. 11. D. de aqua quorid.* hoc, inquit, jure utimur, id est, post multas tandem variationes obtinuit adversus regulas juris:

ut vel sic valeat aquæductus. consequenter igitur, an etiam urbani prædii jam sit, ne quæramus *d. l. 1. D. Commun. præd.* Poteram his exemplis transfigurata servitutis naturæ esse contentus. non displicebat tamen sequens Pauli ex *l. 12. D. d. t. Cum fundus fundo servit, vendito quoque fundo, servitutes sequuntur. Aedificia quoque fundis, & fundi aedificiis eadem conditione serviunt.* Aliquisne post hunc locum præ se ferat, servitutibus vel urbanis vel rusticis eandem semper inhæsisse formam quam initio acceperunt. at Paulus testatur, humanum usus, rebus sic exigentibus, modo veterem retinuisse, modo aliam indidisse. Ne Neratio quidem aliud sedit in verbis sequentibus *l. 2. D. de servit. præd. rustic.* quæ sunt ex ejus libro 4. Regularum. *Rusticorum prædiorum servitutes sunt, licere aliis tollere, & officere prætorio vicini, vel cloacam habere licere per vicini domum, vel prætorium, vel protectum habere licere.* Desinant igitur mirari Viri Docti, a Neratio rusticas appellari servitutes quæ alibi urbanae dicuntur. Contraputent, ut jam cœpi dicere, vel Neratio fuisse negotium, juris progressum distinguere ab ejus origine, sive regulam a sequuta consuetudine. Mihi sic videtur; & ut sensus Neratio constet aptus & verus, placet hic, (quod alias pluribus observavi *lib. sing. Ad Edict. De pact. c. 3.*) omissam subaudire voculam, etiam: quasi dicatur, Etiam rusticorum prædiorum servitutes sunt; vel, etiam rusticorum prædiorum servitutes esse possunt; vel, quamvis regula juris ab initio non fecerit rusticas servitutes: tamen moribus receptum est, ut etiam rusticæ esse possint, licere aliis tollere, & officere prætorio vicini, vel cloacam. & reliqua. Forte alius pro me hic quoque adduceret Ulpianum *l. 11. §. 1. D. de Public. in rem act.* Sed non sinam mihi hoc officium fieri: arbitratus, Ulpiani verba ab imperito Interprete esse inquinata adjectis verbis spurcis, verissime se meo judicio detestaris. Ab omnibus sic eduntur. *Si de usufructu agatur tradito, Publiciana datur. Itemque servitutibus urbanorum prædiorum per traditionem constitutis, vel per patientiam; forte si per domum quis suam passus est aquæductum transduci; item rusticorum; nam & hic traditionem & patientiam tuendam constat.* Alium moveant verba, forte si per domum quis suam passus est aquæductum transduci. Sed quo spectant, quid volunt? tu, si potes, doce. mihi videntur vacare: imo esse plena erroris. Ulpianus scripsit: *Si de usufructu agatur tradito, Publiciana datur. Itemque servitutibus urbanorum prædiorum per traditionem constitutis, vel per patientiam; item rusticorum; nam & hic traditionem & patientiam tuendam constat.* Sic est integer & clarus sensus; exemplo non est opus. falsum non desideres. sed hoc jam ostendi sub Titulo, *De Public. in rem act.*

T I T U L U S IV.

Communia prædiorum tam urbanorum, quam rusticorum.

Superioribus Titulis separatim consideravi servitutes urbanorum & rusticorum prædiorum. hoc communia prædiorum aggrediar. primum erit, quod utraque servitus duo desiderat prædia: unum dominans, alterum serviens: nam utraque, ut supra dictum, est jus prædii, seu prædium qualiter se habens, ut bonitas, salubritas, amplitudo. *l. 86. D. de verb. signif.* eaque qualitas sine substan-

tia cui inhæreat, cogitari non potest. aperte Ulpianus *l. 1. §. 1. h. t.* Ideo hæc servitutes prædiorum appellantur, quoniam sine prædiis constitui non possunt. Sed ut prædii servitus sit, non est satis, duo esse prædia: præterea oportet vicina esse; sive sint rustica *l. 5. §. 1. D. de servit. præd. rustic.* sive urbana. Viciniam tamen eam non tam suadeam prædiorum contiguitate æstimari, quam opportunitate utendi

utendi servitute. nam vicina etiam sunt quæ intermedium habent prædium aut montem: quo non impediatur usus servitutis. alioquin neque vicina dicuntur prædia, neque potest illis adquiri aut imponi servitus *l. 7. §. ult. l. 31. D. de servit. præd. rustic.* Idem est, si ædes meæ a tuis tantum distent, ut prospici non possint, aut medius mons earum conspectum auferat. adeo nemo potest servitutem propriis ædibus imponere: nisi & is qui cedit, & is cui ceditur, in conspectu habeant ea ædificia, ita ut officere alterum alteri possit *l. 38. §. l. 39. D. de servit. præd. urb.* Sed in proposito hoc pluribus ab Ulpiano & Paulo traditum *l. 4. §. 8. §. l. 5. §. l. 6. D. Si servit. vindic.* nec est, quod te nunc moretur: quando generaliter vana atque inania contemnit non modo recta ratio, sed etiam Ars nostra: tantum de servanda sua cuique utilitate sollicita. Optime Phædrus, *lib. 3. fab. 17. Nisi utile est quod facimus, stulta est gloria.* Et in proposito Pomponius *l. 15. D. de servitut. Quotiens nec hominum, nec prædiorum servitutes sunt, quia nihil vicinorum interest, non valet: veluti, ne per fundum tuum eas, aut ibi consistas. & ideo, si mihi concedas, jus tibi non esse fundo tuo uti frui, nihil agitur. aliter atque si concedas mihi, jus tibi non esse, in fundo tuo aquam querere minuenda aqua mea gratia.* Ut igitur prædii servitus sit, oportet duo esse prædia, atque ipsa vicina: quia servitus dominanti utilis esse debet. Intellego. at cui? utrum soli prædio, an ejus domino quoque? movet hinc, quod prædium est domini. contra, quod servus est non qualitas seu jus domini, sed jus seu qualitas prædii. ita non servit personæ domini, sed prædio *l. 20. §. ult. D. de servit. præd. rustic.* ac si quando ad dominum refertur; non fit contemplatione ejus personæ, sed ejus prædii. Igitur obrinuit, omnem honorem, vim, utilitatem prædialis servitutis sine, modo & necessitate prædii solius terminari: ad domini autem commoditatem, fructum, amœnitatem, minime porrigi: cum appareat, extra prædium esse. Me interprete, sic primum fuit regulis juris definitum: Populo rustico & severo, nec deliciis valde indulgente. Sed ubi luxuria invaluit, & laxatus fuit vetus rigor: deinde alio jure uti cœpit politior, an corruptior, Populus. nec dubito, quin inde prædii servitus, etsi non posset ad domini commoditatem, amœnitatemve, regulis juris constitui: constituta tamen servaretur; modo a domino non personæ suæ, sed prædii, jure perciperetur: quasi huic inhærens perpetuo, utique id pretiosius, ideoque melius efficeret. Omnia me fallunt aut hæc plenissime probavi jam in superioribus, & præsertim *lib. 1. Probabilium c. 2. §. 3.* multis locis impeditissimis meo more expositis. saltem nunc pro cumulo addam, etiam hinc lumen accipere hoc Labeonis *l. 19. D. de servitutibus. Ei fundo quem quis vendat, servitutem imponi, etsi non utilis sit, posse existimo: veluti, si aquam alicui ducere non expediret, nihilominus constitui ea servitus possit: quadam enim habere possumus, quamvis ea nobis utilia non sunt.* Labeo non attingit ductiones aquarum, ad rigandos agros siccanos veteri more atque instituto pertinentium; sed in fundis aut ædibus magnificis salientium, aut per singula cubicula fluentium: ad quas pertinet quoque *l. 3. l. 1. §. xi. D. de aqua quotid.* Hatum nulla erat ratio, præterquam elegantiae, patrimonii perditionis. talem aquam, etsi non expediat, nihilominus duci sinir Labeo: præfatus, quod (ut tum erant mores publici)

quædam habere possumus, quamvis ea nobis utilia non sunt. Tantum potest luxuria! ex cujus usu similes delicias etiam in usufructu placuisse, refert Marcianus *l. 41. §. 1. D. de usufructu.* & ipse pluribus probavi *d. lib. 1. Probabilium c. 2. §. 3. §. lib. 1. De usufructu c. 12.*

Est & alia hic extricanda dubitatio, utrum præsens esse debeat illa qua de agimus utilitas; an futura sufficiat? Aliquis putet, prius Labeoni, posteriori Paulo, sedere *l. ult. D. Si servit. vindic.* est enim hæc ex Labeonis *lib. 1. Pithanon a Paulo epitomatorum:* & prima sunt Labeonis verba: *Si qua aqua nondum apparet, ejus iter ductus constitui non potest.* his mox sequens hæc subicitur Pauli Nota: *Imo puto, idcirco id falsum esse; quia cedi potest, ut aquam quereres, & inventam ducere liceret.* Quid dicimus? Labeonem a Paulo non damnari; etsi a Labeone dictum, prima facie verum esse neget. non enim ita est; nec quis hoc certius ipso testetur Paulo. Atqui ille. *l. 10. D. de servit. præd. rustic.* hoc loquentem ore facit Labeonem: *Labeo ait, talem servitutem constitui posse. qualem? Ut aquam querere, & inventam ducere liceat.* Cur ita? subicit: *Nam si liceat nondum adificato edificio servitutem constituere: quare non aque liceat, nondum inventa aqua eandem constituere servitutem? & si ut querere liceat, cedere possumus; etiam ut inventa ducatur, cedi potest.* Sic apparet, eundem hac in parte fuisse Pauli & Labeonis sensum: illam vero Pauli locutionem in *d. l. ult. Imo puto, idcirco id falsum esse, magis ad juvandum, quam ad refutandum Labeonem, pertinere.* estque hujusmodi loquendi forma non ita pridem etiam aliis in locis a me observata *lib. De form. emendand. dol. mal. c. 2. ad fin.* Similis est igitur, ut hoc addam, utriusque intellectus, qui est Pomponii in his verbis *l. 23. §. 1. D. de servit. præd. urb.* satis obscuris: *Futuro quoque edificio quod nondum est, vel imponi vel adquiri servitus potest.* Pomponii sermo est improprius: intelligendus de pactione & stipulatione: qua promitti futuro edificio possit servus. de jure servitutis, ipsi prædio inhæsuræ ex quasi traditione, non debet accipi. Ita est: non vult Pomponius, servitutem futuro prædio adquiri aut constitui traditione, priusquam ex ea capiatur utilitas: sed interim stipulatione aut pactione promitti. estque effectus ejus rei insignis: quod, si fundus interea alienetur; stipulatio evanescit: utique secundum eos qui vel ea quæ ab initio recte constiterunt, resolvi putant: cum in eum inciderunt casum, unde non potuissent consistere *l. 98. D. de verb. oblig.*

Igitur prædii servitus (redeat enim eo, unde incepit interpretatio) duo desiderat prædia, alterum dominans, alterum serviens, & utrumque vicinum: nempe quo alterum alteri utile esse possit. at ne id quidem sufficit: nisi ea servitus a dominis utriusque prædii constituatur. rationem non arcessam: Ulpiano *l. 1. §. 1. h. t.* sic finiente: *Nemo enim potest servitutem adquirere vel urbani vel rustici prædii, nisi qui habet prædium.* Sic Florentiæ editur. sed quid vetat, addi: *Nec quisquam debere; nisi qui habet prædium.* Hunc articulum respoicit; & agnoscit vulgata editio; etiam Theophilus ad *§. 3. Inst. de servit. præd.* Eo vero modo constat Ulpiano ratio in *l. 13. D. h. t.* neganti, servitutem imponi mari: nam si solus prædii dominus habet jus imponendæ servitutis: quomodo potest mari: natura patienti omnibus, id est, non habentidominum, servitus

vitus privata lege, id est, privata ullius pactione, imponi? at non minus vere observat, Ulpianus, si venditor fundi Geroniani fundo Borroniano quem retinebat, legem dederit, Ne contra eum pascutio thynnaria exerceatur: adhuc convenire bonæ fidei, inter contrahentes, eorumque heredes custodiri legem contractus: non quidem confessoria in rem actione; (quia in proposito non est servitus) sed actione in personam ex stipulatu aut ex vendito. Atqui aliquis, mare, inquiet, est omnium commune. Sed curiose animadvertit Ulpianus, hoc velle, licere unicuique mari, si velit, uti, permittente natura: sed neminem eo uti, si nolit, invitum cogi: ideoque nec prohiberi quemquam, cum ei videtur, suo iuri renunciare.

Igitur potest suo quisque prædio aut imponere aut adquirere servitutem: alieno non potest: ne pro parte quidem; quippe cum individua servitus sit *pr. §. 1. l. 6. b. t.* Hoc in tantum; ut Ulpianus *l. 2. D. de servitutibus* neget, unum ex dominis communium ædium servitutem imponere posse. plane *d. l. 6. §. 2.* ait, Si duo homines binas ædes communes habeamus, simul tradendo idem efficere posse, ac si ego proprias binas ædes haberem: sed & si separatim tradiderimus, idem fieri: sic tamen, ut novissima traditio efficiat etiam præcedentem traditionem efficacem. Sic ille subtili iure. sed benignius Celsus *l. 11. D. de servit. præd. rustic.* ubi vide.

Oportet igitur eum quem volumus prædio servitutem imponere aut adquirere, prædii quidem esse dominum, & in solidum. nec tamen opus, eum dominum esse omni iure: dum sit dominus omni modo: Exemplum in possessore bonæ fidei; qui non est dominus iure civili, verum iure prætorio pro domino habetur, & quidem omni modo. ideoque prædio bona fide possessore, & acquirit, & imponit, servitutem a Prætoris servandam Publiciana in rem actione *l. 11. §. 1. D. de Public. in rem act.* Simile exemplum in superficiario. nam ne hic quidem iure civili est dominus superficiei: sed a Prætoris pro domino habetur: data utili in rem actione, causa cognita *l. 73. §. 1. & l. 74. D. de rei vindic.* Igitur vel ille si superficiei imposuerit servitutem: rationis est, ipsam ad exemplum earum quæ ipso iure sustinentur, peti utilibus actionibus *l. 1. §. 9 D. de superficieb.* Ita ad imponendam adquirendamve servitutem non est opus, eam ab eo qui sit omni iure dominus, constitui: solum oportet eum esse dominum omni modo. fuitque id diligentius tractandum, propter prædium in quo unus nudam habet proprietatem, alius usumfructum: quæsito jam a multis seculis, possitne nudæ proprietatis dominus servitutem suo prædio imponere aut adquirere, invito aut consentiente fructuario? Quæstioni causam præbuere *l. 15. §. ult. l. 16. & 17. D. de usufructu.* item *l. 2. D. Si usufructus petatur.* Sed vacationem faciet mihi diligentia: qua eam *lib. 1. De usufructu c. xv.* expediti, servata scriptura *d. l. 15. §. ult.* quæ visa plerisque corrupta; cum sit integra.

Est & illa (ut ad alia veniam) pervulgata regula, omnes prædium servitutes debere perpetuam habere causam *l. 23. §. 1. D. de servit. præd. rustic. l. 28. D. de servit. præd. urb. l. 1. §. 5. D. de aqua quotid.* videlicet, quia creditum est, inhæsuram prædio servitutem ad alterius prædii utilitatem, esse ejus naturæ, quamdiu erit, aptam oportere. Causam talem Veteres vocarunt id cuius gratia servitus constituitur. est talis in aquæductu aqua: in

stillicidio aqua pluvia: & sic in cæteris. tantum addam, quod cum est naturalis aqua, eam Veteres perpetuam dicunt *d. l. 28.* sive perennis sit aqua, ut fontis, *l. 1. §. 3. D. de fonte*, ut fluminis aut putei *l. 1. §. 5. & 6. D. de aqua quotid.* sive non sit, ut in stillicidio *d. l. 28.* Idem putant; si quid manu fiat cuius gratia prædium dominans habeatur. sit pro exemplo in taberna casearia jus fumi immittendi *l. 8. §. 5. D. Si servit. vindic.* nam manu fit is fumus atque ut serviat tabernæ caseariæ: etiam potest, quamdiu illa perseverat, manu fieri. credita igitur est perpetua ejus causa. usus clarior fiet, demonstrato more Veterum, fumo adjuvantium saporem caseorum: quem morem ex Plinio *lib. 11. Nat. hist. c. 42.* & Martiali *Xeneis* reduxit Vir. Cl. Barnabas Brissonus *lib. 4. Select. antiq. c. 15.* Quod si nihil tale sit: non putatur esse perpetua causa, ideoque nec servitus. Observatum hoc a Paulo *d. l. 28.* circa foramen pavimenti proluendi gratia in imo pariete conclavis aut triclinii: id est, in ima parte parietis: ut *extremacera* ab Asconio Pediano in *Orat. Ciceronis in Verr. De Prætor urb. pag. 95.* exponitur, *ultima parte tabule.* In tali foramine negatur aqua proluendi pavimenti gratia habere causam naturalem, & idcirco perpetuam; quia nec prædium, nec pars prædii ejus causa est: si præsertim nihil aquæ ex cælo veniat eum in locum. Idem censet Paulus *d. l. 28.* in lacu & stagno: nisi perpetuus sit lacus, habens aquam vivam *l. 23. §. 1. D. de servit. præd. rustic.* id est, ut Cujacius *lib. 10. Observ. c. 3.* exponit, naturalis. nam ex aqua mortua ac collectitia & facile exarescente non solet aquæductus concedi *d. l. 28.* Simile in cisterna *l. 1. §. 4. D. de fonte*: nam & ista, habens aquam mortuam, non præbet aquæ haustum: licet in eam veniat ex cælo aqua: puto, quod non hæc aqua, sed locus, præbet servitutem: nam hic cisterna dicitur; ejus vero aqua mortua non est perpetuo idonea ad præstandum aquæ haustum. Fuit & hoc quæsitum, an ex castello, id est, ex receptaculo aquarum, aut in aqua ex privato flumine tollenda per rotam, de qua Vitruvius *lib. 10. c. 9.* possit aquæductus constitui? non placuit subtili iure: eo quod illa aqua non venit naturaliter; sed opere manu facta: quod opus non est perpetuum. Contra tamen obtinuit Rescripto Antonini *l. 2. D. b. t.* in proposito non tam considerantis opus castelli aut rotæ, quam aquam ipsam, & quidem vivam, ex castello ductam, aut rota ex flumine haustā, inde Paulus *l. 9. D. de servit. præd. rustic. Servitus*, inquit, *aqua ducenda vel haurienda, nisi ex capite vel ex fonte constitui non potest: hodie tamen* (id est, post Rescriptū Antonini) *ex quocumque loco constitui solet.*

Præter hæc omnia ait Pomponius *l. 15. §. 1. D. de servitutibus*, hoc esse commune omnium servitutum; quod earum non ea natura est, ut aliquid faciat quis (veluti viridia tollat, aut amœniorem prospectum præstet, aut in hoc, ut in suo pingat) sed ut aliquid patiat aut non faciat. Una (ut monui *Titulo 2. hujus libri, & lib. sing. Ad Edict. de pact. c. 19. pag. 539.*) exceptio in servitute oneris ferendi ex auctoritate Servii Sulpicii, ad consequentiam non trahenda. Nisi Paulus *l. 2. §. 4. D. de aqua & aqua pluvia arc. act.* sic inquit. *Apud Atejum vero relatum est, eam fossam ex qua ad inferiorem fundum aqua descendit, cogendum esse vicinum purgare, sive extet fossa memoria, sive non extet: quod & ipse puto probandum.* Quid Paulus? ait, vicinum cogi, fossam purgare. Sed noli, vicinum

vicinum cogi, fossam purgare. Sed noli, vicinum accipere eum qui servitutem debet; sed eum cui debeatur servitus. nam hic, quia in ejus fundo non est fossa, est fossæ vicinus. contra ille in cujus fundo est fossa, non est fossæ vicinus, sed fossæ dominus: ut bene animadvertit D. Conanus *lib. 4. Com. jur. c. 7. n. 9.* Non mutat, quod item Paulus in *d. l. 2. §. 7.* ait, *reficias*: eoque ei qui servitutem debet, onus reficiendæ fossæ injungit. Nam jam olim sensit Accursius, id verbum, *reficias*, sumi pro *refici permittas*. Scio: improbat Conanus: & pro *reficias* scribit, *reficiatur*. Sed mihi placet Accursii sententia: quando apud Paulum *d. l. 2. §. 1.* sic legitur: *Dicit igitur Labeo, aqua pluvia arcenda cum inferiore agi posse, ut aut ipse purgaret, aut tepateretur in pristinum statum eam redigere.* Deinde convenienter Paulo Ulpianus *l. 1. §. ult. D. eod. tit.* Non ergo, inquit, *cogemus vicinum aggeres munire, sed nos in ejus agro muniemus: eritque ea quasi servitus.* Postremo novum non est, aliquem dici facere, qui est in causa, ut fiat. non adfero ejus locutionis exempla: allata jam supra ad Tit. *Derecept.*

Potius dicam, inter cætera utriusque prædii communia etiam numerari modos servitutes constituendi. sunt vero duo: domini voluntas, & Judicis sententia. hæc locum habet in judiciis divisiis, quale est familiæ eriscundæ, verbi gratia *l. 22. §. 3. D. Famil. erisc.* in aliis, præter hæc, non obtinet *l. 8. §. 4. D. Si servit vindic.*

illa constat partim legato, partim pactionibus & stipulationibus §. *ult. Inst. de servit. præd.* sicut & in usufructu observatum ex Gajo est *l. 5. D. de servitut.* hisce verbis: *Via, iter, actus, ductus aqua, iisdem fere modis constituitur quibus & usumfructum constitui diximus.* Verbum, *fere*, nescio an sit Triboniani, ab eo adjectum ex jure novo; quo placuit, usufructum etiam lege constitui. quod Gajo fuit incognitum. illi in omni servitute, cum prædiorum, tum personarum, tantum duo innotuerunt eam constituendi modi quos dixi. Occurrit tamen & tertius, natura. Sed hic non est communis omnium, verum proprius aquæ: in qua (quod Ulpianus observat) inferiora loca semper serviunt superioribus in eo, ut aquam natura profluentem excipiant *l. 1. §. 22. D. de aq. & aq. pluv. arc. act.*

Esse hoc inferiorum incommodum, fatetur Ulpianus: sed addit, compensari rursus cum alio commodo: quod omnis pinguitudo terræ ad eam decurrit: sicut ad ea defluit aqua *d. l. 1. §. 23.* plane convenienter huic Columellæ *lib. 2. De rustica c. 18.* *Macriora loca & utique celsiora stercorentur. nam editior. clivus prabet etiam subjectis alimentum, cum superveniens imber, aut manu rivus perductus, succum stercoreis in inferiorem partem secum trahit, atque ideo fere prudentes agricola etiam in aratis collem magis, quam vallem stercoreant, quoniam, ut dixi, pluvia semper omnem pinguiorem materiam in ima deducunt.*

TITULUS V.

Si servitus vindicetur, vel ad alium pertinere negetur.

DUæ sunt Rubricæ partes: una est, *Si servitus vindicetur*, qua designatur actio confessoria: altera pars est, *vel ad alium pertinere negetur*, & complexa actionem negatoriam. de utraque Ulpianus *l. 2. D. h. t.* illam concedens ei qui servitutes sibi competere contendit. hanc domino qui negat. Pertinet igitur & hic Titulus ad com-

munia prædiorum, tam urbanorum, quam rusticorum: siquidem servitutis appellatione in præsentia servitus rerum, id est, utriusque prædii rustici & urbani intelligitur. Sed quia de utraque actione ex professo egi *lib. 2. De usufructu c. xv.* suffecerit, hic indicasse locum, unde peti possit quod expectatur.

TITULUS VI.

Quemadmodum servitutes amittuntur.

EX his quæ communia sunt utriusque prædii, adhuc restant modi quibus servitutes constitutæ amittantur. Talis est interitus alterutrius prædii, sive dominantis, sive servientis *l. 24. §. 1. D. Quib. mod. ususfr. amitt.* non obscura ratione. nam cum servitutes sint jura prædiorum, ut in loco dictum; apparet, eas sublatiis prædiis quibus inhæreant, non superesse. Similis modus tollendæ servitutis est confusio. Hanc autem fieri ait Gajus *l. 1. h. t.* si idem utriusque prædii cœperit esse dominus. nimirum, quia servitus est jus in re aliena; numquam in re propria *l. 10. D. Commun. præd.* Estque hoc adeo verum, ut Paulus *l. 30. D. de servit. urb. præd.* scribat, si quis ædes quæ suis ædibus servirent, cum emisset, traditas accepit, confusam sublatamque servitutem esse; & si rursus vendere vult, nominatim imponendam servitutem esse, alioquin liberas venire. Præterea tollitur servitus, si dominus prædii dominantis vicino remittat servitutem prædio suo debitam *l. 14. §. 1. D. de servitutib.* Nec miremur, domini voluntate amitti domini voluntate acquisitam: cum

sit sui quisque juris arbiter & moderator. Atqui servitus nuda voluntate sine traditione non constituitur *l. ult. D. de servitutib.* ita est: sed si dominus prædii servitutem sua voluntate remittit, ejus possessionem sua voluntate amittit *l. 3. §. 6. de adq. possess.* nec est causa, cur non videatur libertatem servientis prædii ejus domino genere quodam traditionis restituere. Superioribus addendum est, quod sublato jure constituentis servitutem, etiam sublata intelligitur servitus ab eo constituta: certo, neminem posse plus juris in alium transferre, quam ipse habeat *l. 54. D. de reg. jur. l. 31. D. de pignor. & hypoth.* Exemplum *l. 11. §. 1. D. h. t.* in qua Marcellus, Heres, inquit, cum legatus esset fundus sub conditione, imposuit ei servitutes: extinguuntur, si conditio extiterit. Et observanda hæc ejus adjectio: videamus, an acquisitæ sequantur legatarium? & magis dicendum est, ut sequantur. puto, quod nemo alterius conditionem deterioriorem facere potest: meliorem facere potest. Adfertur & alius modus tollendæ servitutis, temporis aut conditionis eventus: non quidem ipso jure, sed

sed ope exceptionis. ita tradit Papinianus *l. 4. D. de servitutib.* videlicet, quod tempus non est modus introducendæ aut finiendæ obligationis jure civili *l. 44. D. de oblig. & act.* quamquam nescio, an id mutatum sit post decretum Papiani in *l. 40. D. de reb. cred.* de quo vide quæ scripsi plane singularia *lib. sing. Ad Edict. De pact. & transf. act. c. xii.*

Imsuper tollitur servitus, si quis ea non fuerit usus intra biennium: auctore Paulo *lib. 1. Sent. tit. 16.* maxime, si id quid habet servitus, cotidianum est: quia tum una est servitus. secus, si conveniat, ut æstate tantum, aut uno mense, verbi gratia, ducatur aqua: tunc enim duplicato demum constituto tempore amittitur *l. 7. h. t.* Hæc sic obtinuerunt usque ad Imperatorem Justinianum. inde mutata *l. 13. C. de servitutib.* pro biennio substitutis annis decem inter præsentis, viginti inter absentes. Vidimus, quanto tempore servitus non utendo amittatur. videamus, quid sit servitute uti aut non uti. placet autem, eam retineri usu, cum ipse cui debetur, ea utitur, quive in possessione ejus est aut mercenarius, aut hospes, aut medicus, quive ad visitandum dominum venit, vel colonus, aut fructuarius, licet suo nomine. denique quicumque quasi debita via usus sit, sive ad fundum nostrum facit, sive ex fundo, licet malæ fidei possessor sit, retineri servitutem *l. 20. 21. 22. 23. & 24. l. 5. h. t.* qui potest? placet Celso *l. 6. d. t.* satis esse, fundi nomine esse itum. proinde non improbo hoc Pauli *l. ult. h. t.* Servitute usus non videtur, nisi qui suo jure uti se credidit, ideoque si quis pro via publica, vel pro alterius servitute usus sit, nec interdictum, nec actio utiliter competit. idemque traditum *l. 1. §. 6. l. ult. D. de itin. act. priv.* Similiter si quis fuerit alia usus aqua, quam de qua in imponenda servitute actum est; perinde amittit servitutem, ac si ea non esset usus *l. 10 §. 1. l. 11. D. h. t.* ac secundum has exponendam esse *l. 18. d. t.* jam ob-

servavi *lib. 2. De usufructu c. 9.* Superioribus consequens est, quod apud Pomponium ait Labeo *l. 17. d. t.* si is qui haustum habet, per tempus quo servitus amittitur, ierit ad fontem, nec aquam hauserit, iter quoque eum amisisse. Plane si fons ex quo habeo ductum aquæ, exaruerit, isque post constitutum tempus ad suas venas redierit, æquitaris fuerit, restitui aquæductum interrim amissum *l. 34. §. 1. & l. 35. D. de servit. præd. rustic.* Illud quale, quod in *l. 4. h. t.* Paulus, iter, inquit, ad sepulchrum non utendo numquam amittitur. Dic, quæso, ejus quæ ratio, quod firmamentum? an iter ad sepulchrum, exemplo sepulchri, est religiosum? at idem Paulus *l. 14. §. 1. D. de servitutib.* contra ait, servitutem itineris ad sepulchrum privati juris manere. Si vere; ut non oportet dubitari: cur vult, iter ad sepulchrum non utendo non amitti: cum cæteræ servitutes, ut sunt privati juris, non utendo omnes amittantur? Sed ubi sepulchrum ipsum est religiosum, ideoque non utendo non amittitur: rationis fuit; ne iter quoque ad sepulchrum non utendo amitti debeat. Mea opinione, sic est creditum, animadverso, usum sepulchri sine itinere ad sepulchrum, esse nullum. Non magis prætermittam, quod a Gajo annotatum *l. 6. D. de servit. præd. urb.* jura urbanorum prædiorum, similiter ut rusticorum, certo tempore non utendo perire: nisi quod hæc ei videtur esse dissimilitudo; quod non omnino pereunt non utendo: sed ita, si vicinus simul libertatem usucapiat. Hoc vero quo modo fiat, non adscribo: quia ibidem traditum deinde a Gajo: ut & ab Harmenopulo *lib. 4. tit. 2.*

Extinguuntur ergo his modis jura utriusque prædii. An etiam morte, aut capitis deminutione; Gajus negat *l. 3. D. h. t.* idcirco quod ita vulgo est traditum: & recte. nam ut prædii dominus aut moriatur, aut capite deminuat: prædio tamen cuius est servitus, neque mors, neque capitis deminutio, accidit.



LIBER NONUS.

TITULUS I.

Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur.



ACTIONES in rem de quibus actum hætenus, excipiunt hic actiones noxales: quia ut sint personales, sunt tamen in rem scriptæ; eoque in rem actiones quodammodo imitantur. Esse porro actiones noxales partim Legibus constitutas, partim Edicto Prætoris, Justinianus autumat *§. 4. Inst. de noxalib. act.* Prima occurrit actio Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur. ea originem debet Legi Duodecim Tabularum. inde transit in Edictum: nomenque ex primis ejus verbis sortita. Summam Legis recitat Ulpianus *l. 1. h. t.* Edicti hanc ipse confingo. Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur, noxiam sarciri, noxæve dedi jubebo. Ratio Edicti est: ne dominus, propter animalis sui pauperiem, ultra ejus æstimationem oneretur.

Nunc quando locus sit huic actioni, consideremus. Prætor sic expedit: Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur. Hæc verba indicat Rubrica, ex primis Edicti verbis desumpta. Quadrupes autem

(interprete Isidoro *lib. 12. Origin. c. 1.*) est generale vocabulum, complectens & bestias & pecudes, cætera quoque ab utrisque distincta, ut cervos, damas, onagros. Igitur sequentibus verbi latitudinem, ait Ulpianus *l. 1. §. 2.* hanc actionem pertinere ad omnes quadrupedes, nec tamen negat, ex Prætoris sententia restringi ad manluetas pecudes, non assuetas nocere, nisi ab externa moveantur causa. accedit, quod hæc sunt domini; sive custodia coërceantur; sive ex ea sint egressæ. non ita est in feris bestiis, id conjicio ex conjunctione *d. §. 2. cum §. 10. l. 1.* cujus talia verba sunt. In bestiis autem propter naturalem feritatem hæc actio locum non habet, & ideo si ursus fugit, & sic nocuit, non potest quondam dominus conveniri: quia desinit dominus esse. & ideo & si eum occidi, meum corpus est. Obscuram Ulpiani disputationem facit sermonis brevitates. sed vult; quod hæc actio cessat in bestiis feris, urso, verbi gratia. Quam ob causam? propter naturalem feritatem. Hæc causa duo continet: unum est, quod ursus

savienſ

lasciens naturali, sive, ut imperator in *pr. Inst. h. t.* loquitur, genitali, feritate, non magis pauperiem facit, quam injuriam; suo usus ingenio, id est, naturæ suæ jure ac motu. alterum est, quod ursus, propter naturalem feritatem, nisi custodia coërcetur, est nullius; & ideo si fugit, ac sic nocuit, non est qui de pauperie conveniatur. nam qui dominus fuit ursi custodiæ inclusi, de custodia delapsi dominus esse desiit, amissa possessione. estque argumentum; quod si eum occidi, jam meum corpus est. Hæc Ulpiani sententia non est aliena a sequentibus Justiniani verbis *d. pr. Inst. h. t.* Hæc actio in iis quæ contra naturam moventur, locum habet. ceterum si genitalis sit feritas, actio cessat. denique si ursus fugerit a domino, & sic nocuerit, non potest quondam dominus conveniri; quia desit dominus esse, ubi fera evasit. Illud non silendum: quod Edictio Edicto postea fuit prohibitum, ne quis canem, verrem, aprum, ursum, leonem ibi haberet, qua vulgo iret sit; & si adversus ea erit factum, nocitumque libero homini esse dicetur: placuit, quod bonum & æquum Judici videbitur, tanti dominum condemnari: ceterarum rerum, quantum damni datum sit, dupli. Inde usu obtinuit, (& notandus juris progressus) etiam hæc in specie, si adhuc in potestate sit fera bestia, dari utilem actionem; etsi cesset actio directa: & ita accipe §. 1. *Inst. h. t.* item, quod de cane dicitur in *l. 2. §. 1. D. d. t.* nam canis non pecudi, sed bestiis, annumeratur *l. 2. §. 2. D. Ad Leg. Aquil.* Verba *d. l. 2. §. 1. h. t.* apposit: Si quis aliquem evitans Magistratum forte, in tabernâ proximâ se immisisset, ibique a cane feroce latus esset: non posse agi canis nomine, quidam putant: at si solutus esset, contra: Sensus, Si quis canem ferocem in tabernâ vel domo sua habet vinctum, ab eoque latus sit qui se in domum vel tabernam immiserit, de via concedens Magistratui, cessare actionem utilem; aliter ac si in via publica eum habeat vinctum aut solutum; nam tum eam non cessare *l. 40. & seq. D. de Edict. Edict.* Pertinet igitur hæc actio ad quadrupedes: nam de his loquutus tantum fuit Prætor: sed similitudo rationis fecit, ut etiam ad alias porrigeretur ex Edicti sententiâ *l. 4. D. h. t.*

Porro ait Prætor: Pauperiem fecisse dicetur. Est autem pauperies (ut Ulpianus definit *l. 1. §. 3. h. t.*) damnum sine injuria facientis datum. cum ait, si re injuria facientis; & addit, Nec enim potest animal injuria fecisse quod sensu caret: sensus appellatione intelligit rationem. quomodo sine sensu accipitur apud Horatium *lib. 1. Sat. 4. vers. 77.* apud Justinum *lib. 34. c. 2.* est, Sensu hominis carere, etiam dicitur sensus communis inter alios apud Senecam *Epist. 5.* & Juvenalem *Sat. 8. vers. 73.* Itaque simpliciter Festus, Pauperies, inquit, damnum dicitur quod quadrupes facit. Vere: sed caute accipiendum, non enim omne damnum a quadrupede datum, pauperies indistincte dicitur: verum quod ab homine factum, sub injuriam cadit. pauperies igitur proprie non est injuria: (nulla nobis cum bruto societate rationis & juris) sed injuriam imitatur: eoque sensu infra noxia appellatur: quia veluti noxiæ simulachrum est. Inde Ulpianus *d. l. 1. §. 7.* generaliter ait, pauperiem fieri, quoties fera contra naturam mota, pauperiem dedit. & est exemplum, si nocuit lascivia aut pavore aut feritate *pr. Inst. & d. l. 1. §. 4. D. h. t.* Quid, si genitali feritate utatur? contra dicendum est, non fecisse pauperiem:

quippe usam jure naturæ suæ. fac; quæ exemplâ occurrunt in *d. l. 1. §. 7.* equus dolone concitatus, calce petiit. passim editur dolore. male scribendum, *dolone*: & est similis error in *l. 52 §. 1. D. Ad Leg. Aquil.* notatus a Budæo, V. Cl. Annot. priorib. p. 222. dolonem interpretante flagellum intra cuius virgam later pugio *ἡ τοῦ δόλου*, id est, a fallendo quod decipiat ferro, cum habeat speciem ligni. quid Ulpianus? ait, cessare hanc actionem: quia equus non dedit damnum contra naturam tuam, sed provocatus, & jure naturæ suæ se defendens. Simile exemplum est in *§. 11. d. l. 1.* ecce: duo arietes vel boves commiserunt. committere (ut bene animadvertit Budæus pag. 219.) Latinis, atque ipsi Ulpiano *l. 7. §. 4. D. Ad Leg. Aquil.* est, ad contentionem & concertationem exhibere: sed hic sumitur pro pugnare. nove & venuste; ut erudite observavit Casaubonus ad Sueronium *Octav. c. 89.* Duo igitur arietes vel boves commiserunt, seu pugnarunt. unus occidit alterum. an occisi domino competit actio de pauperie? Q. Mucius apud Ulpianum *d. l. 1. §. 11.* distinxit, utrum aggressor occiderit provocatum; an contra provocatus occiderit aggressorem. priore casu ait, pauperiem esse; posteriore non æque arbitratus, etiam convenire naturæ ceterorum animalium, se adversus vim defendere. Est & alterius generis exemplum in *d. §. 7.* Aliquis equum permulsi vel palpatu est. is equus eum percussit calce. an est locus actioni Si quadrupes? ait Ulpianus, contraria ratione. Quid, si quadrupes damnum dederit propter infirmitatem aut culpam rectoris? hic cessabit actio: quia non est quadrupedis, sed rectoris, culpa. certe quadrupes non est mota contra naturam *d. l. 1. §. 4. & 5.* Idem dicendum, si depasta sit alienum agrum: quia depastio ei permittitur naturæ instinctu. ita depasci est, uti: non est, damnum aut pauperiem dare *l. 30. §. 2. D. Ad Leg. Aquil.* ideoque Lege Duodecim Tabularum constituta est specialis actio de pastu pecoris *l. 14. §. 3. D. de præscript. verb.* Est igitur huic actioni locus; si quadrupes pauperiem fecerit. Nec refert; utrum eam corpore suo dederit, an concitata ab alia quadrupede, aut per aliam rem, a se motam. simpliciter enim ait Prætor, Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur *d. l. 1. §. 8. & 9.*

Sequitur in Edicto, Noxiam sarciri, noxave dedi jubebo. Hæc verba indicant, hanc actionem ad hoc dari, ut noxia sarciantur; nisi dominus malit dedere animal noxium. Noxiam autem Ulpianus *d. l. 1. §. 1.* interpretatur ipsum delictum; quamquam bruti animalis quod ratione caret, proprie non sit delictum. sed noxiam cum ait Prætor, intelligit tamquam noxiam. quomodo Seneca *lib. 5. De benefic. c. 13.* Quadam, inquit, etiamsi vera non sint, propter similitudinem eodem vocabulo comprehensa sunt. sic pyxidem & argenteam & auream diximus. sic illiteratum non ex toto rudem, sed ad literas altiores non perductum. sic qui male vestitum & pannosum vidit, nudum se vidisse dicit. Porro sarcire est, damnum solvere vel præstare. Festus: Sarcito in xii. Servius Sulpicius ait significare damnum solvito præstato. Ulpianus *l. 1. h. t.* exponit, Estimationem noxiæ offerre. At prætor non præcise jubet, noxiam sarciri: sed addit, noxamve dedi. sic concepimus Edictum; ut in *l. 1. D. de his qui effud. vel dejec. l. 1. §. pen. D. h. t. §. 1. Inst. de offic. judic.* Non tamen intercedam malenti, in Edicto restituere, Noxave dedi; ut in *l. 5. §. 6.*

D. de his qui effud. vel dejec. Quidquid erit : illud certum est, pauperie, a quadrupede facta, aut damni æstimationem offerri, aut animal quod nocuit, dedi oportere. alterum sufficit : nempe, quia Lex Duodecim Tabularum ita scripta est. hanc rationem dat Justinianus *pr. Inst. h. t.* Nec contemnenda observatio Ulpiani *l. 6. §. 1. D. de re judic.* in noxalibus actionibus æstimationem in condemnatione esse; noxæ deditionem in solutione, beneficio Legis. Plane, si animal decesserit ante litem contestatam; ait Ulpianus *l. 1. §. 13. D. h. t.* extinctam esse actionem : puto, quia dominus id deinde non habet in potestate, ut dedat. ita noxæ dedere est, animal tradere vivum *d. l. 1. §. 14.* quod si mortuum traditur; non animal traditur, sed cadaver; id est, aliud, quam quod pauperiem fecit. Est tamen casus in quo dominus non in hoc convenitur, ut noxæ dedat : sed in solidum. est is : si in iure interrogatus, an sua quadrupes esset; responderit, non esse suam. nam si constiterit, esse ejus : in solidum condemnabitur, propter mendacium *d. l. 1. §. 15.* Simile evenit; si post litem contestatam animal sit ab alio occisum : nam tum ut domino competit Legis Aquiliæ actio; sic in iudicio habebitur ratio Legis Aquiliæ : utique dominus amisit noxæ dedendæ facultatem. offeret ergo ex iudicio proposito litis æstimationem : nisi paratus fuerit, actionem mandare adversus eum qui occidit *d. l. 1. §. 16.* Igitur, ut eo redeam, datur hæc actio, vel ut damnum sarcitur, vel ut animal noxale dedatur. Inde quæsitum *l. 3. h. t.* an etiam possit agi liberarum personarum nomine : forte si quadrupes vulneraverit patrem familias aut filium familias? fuisse olim videntur qui nega-

rent. sed Gajus *l. 3. d. t.* ait, jam non dubitari; quin ex hac Lege possit etiam liberarum personarum nomine agi. scilicet, ut non habeatur ratio deformitatis : (cum liberum corpus non recipiat æstimationem) sed impensarum in curationem factarum, & operarum amissarum, qualque amissurus quis esset, inutilis factus.

Sequens locus est, cui hæc detur actio. puto autem, dari ei cui nocitum sit : nam ejus interest. talis vero est dominus procul dubio *l. 2. h. t.* quid, si non sit dominus? etiam ei competit, si ejus interest. sic ei cui res commodata est, datur; item fulloni : quia eo quod tenentur, damnum pati videntur. In Lege Aquilia aliud observatum *l. 11. §. 9. D. Ad Leg. Aquil. & differentiam tradidi lib. sing. Ad Leg. Aquil. c. xi.*

Dixi, cui detur actio Si quadrupes. quæris; adversus quem detur? hunc non designat Prætor : tantum ait, *Noxiam sarciri, noxamve dedijulabo.* ea vero verba sunt in rem, id est, generaliter scripta. putemus igitur, hanc actionem dari adversus dominum, id animal in sua potestate habentem : verum si desierit habere, noxam caput sequi, darique actionem adversus dominum : non cujus quadrupes, cum noceret, fuerit; sed cujus nunc est *d. l. 1. §. 12. D. h. t.* An etiam datur adversus heredes, cæterosque successores? ait Ulpianus dari *d. l. 1. §. ult.* at non jure successionis, sed eo jure quo sunt domini. idemque in cæteris noxalibus actionibus observat *l. pen. §. ult. D. de noxal. act.* Sic : si quadrupes sit unius. quid, si plurium sit communis? adversus singulos erit in solidum actio : sicut in homie *d. l. 1. §. 14.*

TITULUS II.

Ad Legem Aquiliam.

Altera noxalis actio quæ sit Legibus constituta, à Justiniano *§. 4. Inst. de noxal. act.* Legi Aquiliæ imputatur. quæ locuta fuit

de damno injuria dato. ad hanc respicit præsens Titulus, antehac a me expositus speciali libro.

TITULUS III.

De his qui effuderint vel dejecerint.

Non tantum legibus constitutæ fuere noxales actiones, sed a Prætoribus quoque & est talis sub hoc Titulo hæc, De his qui effuderint vel dejecerint. Edicti verba in *l. 1.* talia sunt. Unde in eum locum, quo vulgo iter fiet, vel in quo consistetur, dejectum vel effusum quid erit, quantum ex ea re damnum datum factumve erit, in eum qui ibi habitaverit, in duplum iudicium dabo. Si eo ictu homo liber perisse dicetur, quinquaginta aureorum iudicium dabo. Si vivet, nocturnumque ei esse dicetur, quantum obeam rem aquum iudici videbitur, eum cum quo agetur, condemnari, tanti iudicium dabo. Si servus insciente domino fecisse dicetur, in iudicio adjiciam, aut noxam dedere. Ulpianus *l. 1. §. 1.* laudaturus more suo Edictum, summa, inquit, cum utilitate id Prætoribus edixisse, nemo est, qui neget : & præfatur, publice utile esse, sine metu & periculo per itinera commeari. Ego addam, fuisse hoc eo magis necessarium : quod plebs Romana magna ex parte habitabat in cœnaculis : (id est, in superioribus ædium locis, nam ea cœnacula appellantur, & ædibus ac domibus opponuntur : ut ostendi *lib. 1. De usufructu c. 13.*) ex his

porro cœnaculis quia plurima in viam publicam dejiciebantur & effundebantur : vix poterat sine periculo, qua vulgo iter erat, transiri. id res loquitur; & observat Juvenalis *Sat. 3. vers. 268.* & seqq. intererit, vidisse locum. ejus verba sunt.

*Quod spatium tectis sublimibus, unde cerebrum
Testa ferit, quoties rimosa & curta fenestris
Vasa cadunt, quantum percusso pondere signent
Et ledant silicem. possis ignavus haberi,
Et subiti casus improvidus, ad cœnam si
Intestatus eas. adeo tot fata, quot illa
Nocte patem vigiles, te prætereunte, fenestra,
Ergo optes, votumque feras miserabile tecum,
Ut sint contentæ patulus defundere petveis.*

Igitur bonum factum Prætoris : hoc Edicto viis per quas vulgo iter fit, procurantis securitatem, proposita in factum actione, cum directâ, tum noxali, adversus inhabitantem : qui ut ipse non deliquerit, tamen quasi deliquisse credebarur : non prospiciens, nec cavens, ut oportebat *l. 6. §. 2. D. h. t.* ne ex suo cœnaculo a libero aut servo, deiceretur, aut effunderetur, quo aliis noceretur, quare est hæc

hæc actio in factum in personam non proprie ex maleficio, sed quasi ex maleficio: ut observatum a Gajo l. 5. §. 5. D. de oblig. & act.

Nunc quando locum habeat illa actio, videamus. prima huc ducunt Edicti verba: *Unde in eum locum quo vulgo iter fiet, vel in quo consistetur, dejectum vel effusum quiderit.* Hæc verba sunt generalia: nectantur ad civitates & vicos, sed & ad vias per quas vulgo iter fit, pertinent. l. 6. D. h. t. Parvi quoque interesse debet; utrum publicus locus sit, an privatus: dummodo per eum vulgo iter fiat. quia iter facientibus prospicitur, non publicis viis studetur. semper enim ea loca per quæ vulgo iter solet fieri, eandem securitatem habere debent. Unde & si aliquando vulgus in ea via non cominebat, & tunc dejectum quid vel effusum, cum adhuc secreta loca essent, modo cepit comineari, non debet hoc Edicto teneri d. l. 1. §. 2. D. h. t. Eadem ratione Labeo l. 6. §. 1. demum Edicto locum dabat, si interdiu dejectum sit, non nocte: nimirum, quia homines honestiores in civitatibus & vicis non solent de nocte comineare in viis publicis; magisque id est furum & grassatorum; qui Petronio *Satyrice*. c. 15. & c. 82. aliisque idcirco etiam *nocturni* appellantur: ut ibi apparet in Notis editionis Burmanni, Viri Clarissimi, Collegæ & Amici mei. Sed ad Labeonem, (eo enim redeo) adjicit d. §. 2. Paulus, in quibusdam locis & noctu iter fieri. Igitur in his quoque locis si quid sit noctu dejectum effusumve, hoc Edicto coercetur.

Ait igitur Prætor: *Unde in eum locum quo vulgo iter fiet, vel in quo consistetur, dejectum vel effusum quiderit.* Et apparet, eum loqui de ædibus & cœnaculis. nam proponit actionem adversus inhabitantem. est autem inhabitatio proprie ædium l. 1. §. 4. h. t. proinde si de nave sit dejectum; de ea non sensit Prætor. Ut tamen nil interest damnum passi, utrum de ædibus cœnaculisve, an de nave sit dejectum effusumve: ita si de nave dejectum sit, & nocitum: non abs re fuerit, in eum qui navi præpositus sit, utilem actionem dari, quasi ex mente Prætoris d. l. 6. §. 3. h. t.

Porro *Dejectum effusumve* cum ait Prætor, manu dejectum aut effusum significat. sed Ulpianus l. 1. §. 3. h. t. plus putat, etiam, si quid cum suspenderetur, decidit, magis dejectum videri: idemque esse, si suspensum decidit; nam & hoc pro dejecto haberi. proinde ait, & si quid pendens effusum sit, quamvis nemo hoc effuderit, Edictum locum habere, forte data actione utiliter Edicti mente.

Dixi, quando detur a Prætore actio. sequitur ad quid detur. ait Prætor: *In duplum iudicium dabo.* Duplum accipe damni dati, & observat Ulpianus, quod non adjicitur culpæ mentio vel inficiationis, ut in duplum detur actio, quamvis damni injuriæ, id est, Legis Aquiliæ utrumque exigat l. 1. §. 4. D. h. t. Competit igitur hæc actio in duplum indistincte.

Sed cui? sine dubio ei, cujus interfit, sibi non esse damnum datum. an & heredibus? ait Ulpianus l. 5. §. 5. & recte: quia defunctus per heredem repræsentatur in re privati.

Restat, adversus quem hæc detur actio, & ait Prætor, *iudicium dabo in eum qui ibi habitaverit*, id est: (ut Ulpianus interpretatur d. l. 1. §. 4.) in eum qui inhabitat, cum quid dejectetur, vel effunderetur; non in dominum

ædium. & præfatur, culpam esse penes eum, id est, penes inhabitantem. Habitare autem Ulpianus d. l. 1. §. 9. interpretatur vel in suo vel in conducto vel gratuito. De hospite vero sic infit d. §. 9. hospes plane non tenebitur. clara ratione, quia non ibi habitat, sed tantisper hospitatur. quid igitur? is qui hospitium dederit, tenebitur. multum autem interest inter habitatorem & hospitem; quantum interest inter domicilium habentem & peregrinantem. Sic fere Ulpianus d. loc. addo, Cicero, *De senectute*. Verba: *Commorandi natura diversorium nobis, non habitandi dedit.* Similiter domum & hospitium distinguit Ovidius lib. 3. *Trist. Eleg.* 12. Verba Ovidii.

*Di faciant, Caesar non hic penetrare domumque,
Hospitium pœna sed velit esse mea.*

Datur igitur ex Edicto actio adversus inhabitantem: eo quod debet, ut supra dixi, suam suorumque culpam præstare l. 6. §. 2. D. h. t. Facilis hæres est, si unus inhabitet. Sed quid, si plures in eodem habitent cœnaculo ex quo dejectum est? Ulpianus l. 1. §. ult. ait, in quemvis actionem dari: & rationem hanc dat Gajus l. 2. quod impossibile est, scire, quis dejecisset, vel effudisset. sensus Gaji, quod non debuit utilitas hujus actionis probandi difficultate interverti. ac ne cui durum hoc videatur; addendum, esse prudentiæ, quoties nihil sine captione investigari potest, eligere quod minimum habeat iniquitatis l. 200. D. de reg. jur. Hæc igitur ratione ait Ulpianus, dandam esse hanc actionem adversus singulos in solidum: quamquam ita; ut, si cum uno sit actum, ceteri liberentur l. 3. h. t. perceptione, non litis contestatione: præstaturi partem damni societatis iudicio, vel utili actione, ei qui solvit l. 4. h. t. Hoc in præsentem Edicto. aliud est in lege Aquilia: & magna utrimque differentia quam indicavi lib. Ad Leg. Aquil. c. 10. Quod dixi, jus est, si plures in eodem cœnaculo habitent indivisim. nam si diviso inter se cœnaculo habitent: in eum solum qui inhabitat eam partem, unde effusum est, actio datur l. 5. h. t. Superioribus sunt affinia quæ porro tractat Ulpianus l. 5. §. 1: sed nullo sensu: nisi (quod unus subodoratus pro sua sagacitate, est Cujacius lib. 21. *Observ.* c. 1.) variis lectionibus quibus obsidetur, ad hunc modum liberetur: *Si quis gratuitas habitationes dederit libertis & clientibus vel suis vel uxoris: ipsum eorum nomine teneri, Trebatius ait. quod verum est. idem erit dicendum, & si quis amicis suis modica hospitalia distribuerit. nam & si quis cœnaculariam exercens, ipse maximam partem cœnaculi habeat: solus tenebitur. sed si quis cœnaculariam exercens, modicum sibi hospitium retinuerit, residuum pluribus locaverit: omnes tenebuntur, quasi in hoc cœnaculo habitantes, unde dejectum effusumve est. Interdum tamen (sic pergit in §. 2. Ulpianus) quod sine captione actoris fiat, oportebit Prætorem æquitate motum, in eum potius dare actionem, ex cujus exedra dejectum est, licet plures in eodem cœnaculo habitent: quod si ex mediano cœnaculi quid dejectum sit, verius est omnes teneri. Quid exedra sit, & medianum, exposuit Budæus *Annotat. ad Pandect.* p. 222. & seq. De exedra quoque Buchnerus ad Plinium lib. 10. *Epist.* 72. p. 705. Pergit Ulpianus §. 3. d. l. 5. Si horrearius aliquid dejecerit vel effuderit, aut conductor apothecæ, vel qui in hoc duntaxat conductum locum habeat, ut ibi opus faciat, vel doceat, in factum actioni locus est, etiam si quis operantium dejecerit vel effuderit, vel si quis discipulum. Deinde subjicitur §. 5. Cum au-*

tem in factum actioni (ita reposui lib. 1. *Probabilium* c. 10. pro, *Legis Aquilia actione*: ut passim editur) propter hoc quis condemnatus est, merito ei, qui ob hoc, quod hospes vel quis alius de cœnaculo deiecit, in factum dandam esse Labeo dicit adversus dejectorem, quod verum est. plane, si locaverat dejectori, etiam ex locato habebit actionem.

Deinde ait Prætor, *Si eo ictu homo liber perisse dicetur, quinquaginta aureorum iudicium dabo.* Sensus hujus versus, simul, quid inter eum ac superiorem Edicti partem interlit, tradidit Ulpianus l. 1. §. 5. & l. 5. §. 5. D. h. t. nec opus interpretatione: sufficit inspectio, cum intelligatur ultro.

Pergit Prætor: *Si vivet, nocitumque ei esse dicetur, quantum ob eam rem æquum iudici videbitur, eum cum quo agetur, condemnari, tanti iudicium dabo.* Verba, *Si vivet nocitumque ei esse dicetur*, non pertinent ad damna, in rem hominis liberi facta, si forte vestimenta ejus, vel quid aliud levis corruptumve est: sed ea quæ in corpus ejus admittuntur d. l. 1. §. 6. D. h. t. Computat vero Judex tum mercedes Medicis præstittas cæteraque impendia in curatione facta: præterea operarum quibus caruit aut cariturus est ob id quod inutilis factus. cicatricum autem aut deformitatis nulla fit æstimatione: quia liberum corpus nullam recipit æstimationem l. ult. D. h. t.

Postremus Edicti versus est: *Si servus insciente domino fecisse dicetur, in iudicio adjiciam, aut noxam dedere.* Satis clare edicit Prætor, quid censeat, si servus fecisse dicatur, id est, si ipse effuderit aut deiecerit, insciente domino: nam vult dominum tum teneri actione noxali. sed quid si, habitator sit; ipse non effuderit aut deiecerit? Ulpianus l. 1. §. 8. h. t. hic ait, posse quæri, utrum noxalis actio danda sit, an de peculio? nam huic ob stare, quia non est ex negotio gesto: illi vero, quia non ex delicto servi venit; neque enim recta servi dici noxam, cum servus nihil nocuerit? quid ergo est? Ego puto, inquit, impunitum servum esse non oportere: sed extra ordinem officio Judicis corrigendum. qua de re scripsi quædam supra ad Titulum *De jurisdictione* pag. 49.

Hæc de priore Edicti capite. altero ait Prætor in l. 5. §. 6. h. t. *Ne quis in suggruenda protectore, supra eum locum, qua volgo iter fiet, inve quo consistetur, id positum habeat, cujus casus nocere cui possit. qui adversus ea fecerit, in eum solidorum decem in factum iudicium dabo. si servus insciente domino fecisse dicetur, (aut æstimationem dari) aut noxam dedere iubebo.* Hoc Edictum superioris portionem esse dicit Ulpianus: causatus, consequens fuisse, Prætorum etiam in hunc casum prospicere: ut si quid in his partibus ædium periculose positum esset, non noceret l. 5. §. 7. h. t. Ait Prætor, *Ne quis in suggruenda protectore.* Hæc verba, *Ne quis*, putat Ulpianus §. 8. d. l. pertinere ad omnes vel inquilinos, vel dominos ædium: sive inhabitent, sive non, habent tamen aliquid expositum his locis: id est, his suggruendis protectivæ. quid autem sit suggruenda protectumve, attingit Javolenus l. 242. §. 1. D. de verb. signif. plenius indicat Budæus ad Pand. pag. 223. & seq.

Pergit Prætor, *Supra eum locum qua volgo iter fiet, inve quo consistetur, id positum habeat.* Ad hæc verba Ulpianus in §. 9. d. l. 5. sic scribit: *Accipere debemus positum, sive in habitationis, vel cœnaculi, sive etiam in horrei, vel cujus alterius adificii.* Sic Florentiæ extat. non male: subaudito verbo, loco, aut simili: ut jam annotavit Scipio Gentilis lib. 1.

Parerg. c. 6. Addit Ulpianus in §. 10. positum habere etiam recte videri eum, qui ipse quidem non posuit, verum ab alio positum patitur. quare si servus posuerit, dominus autem positum patitur; dominum non noxali iudicio, sed suo nomine, teneri.

Deinde ait Prætor, *Cujus casus nocere posset.* Ex his verbis manifestari, inquit Ulpianus §. 11. d. l. non omne quidquid positum est, sed quidquid sic positum est, ut nocere possit, hoc solum prospicere Prætorum, ne nocere possit. coërceri autem qui positum habet, sive nocuit id quod positum erat, sive non nocuit. Illud quale, quod porro in §. 12. sic scribit Ulpianus: *Si id quod positum erat, deciderit & nocuerit; in eum competit actio, qui posuit, non in eum qui habitaverit: quasi hæc actio non sufficiat; quia positum habuisse non utique videtur qui posuit, nisi vel dominus fuit ædium vel habitator.* Impeditus est Ulpiani sensus, an nullus; nisi restituatur: *Si id quod positum erat deciderit & nocuerit, in eam competit actio qui habitaverit, non in eum qui posuit: quasi hæc actio non sufficiat. & reliqua.* Sic Cujacius lib. 22. *Observ. c. 32.* non minus vere, quam ingeniose: Sinet tamen Doctissimus ille Vir, merem interpretari meo more. Species: Titius habitat ædes; in quibus Sempronius, has non habitans, aliquid periculose posuit, idque apparet, quod deciderit & nocuit. hæc & non alia ratio verborum, *Deciderit & nocuerit.* quia quæstio quæ ex facto movetur, non est de actione in duplum ex priore Edicti capite, propter damnum datum: sed de actione in decem aureos ex posteriore: in qua sufficit periculose positum esse, etsi neque deciderit, neque nocuerit. Sit igitur, quam dixi, species: in qua Titius habitat ædes. in quibus Sempronius, eas non habitans, aliquid periculose posuit. dubitatur: in quem datur actio in decem aureos; utrum in Sempronium qui posuit, & non inhabitat: an in Titium qui inhabitat, sed non posuit. Dubitationi causam dedere Edicti verba, *Ne quis id positum habeat; & mox, Qui adversus ea fecerit.* Ulpiano placet, in Titium qui inhabitat, competere actionem; non in Sempronium qui posuit: quasi hæc actio non sufficiat: id est, quasi hæc actio in Sempronium deficiat. Et est hæc bona ratio: quia Prætor hoc capite non loquitur de eo qui posuit; sed de eo qui positum habet. id vero sic interpretatur Ulpianus, quod positum habuisse non utique videtur qui posuit, nisi vel dominus fuit ædium vel habitator. Ulpianus, meo iudicio, vult, verba Prætoris, *positum habere*, ex ejus mente circumspicere esse accipienda: prorsus, ut qui posuit, non videatur habere positum, nisi possit positum remove: quod erit demum, si sit dominus ædium, vel inquilinus sive conductor: is enim hic habitator appellatur: ut in l. 59. D. de rei vindic. & l. 27. D. Locati. Distinguit igitur Ulpianus Prætoris verba ab ejus sententia: arbitratus, eum qui posuit, etsi neque dominus sit, neque habitator, id est, inquilinus aut conductor, ex Edicti verbis teneri: quia non potest negari, eum qui posuit, quandiu positum non aufert, positum habere. sed visum Ulpiano æquius, & menti Prætoris convenientius, eum qui posuit, non teneri; si neque dominus sit, neque habitator: quia ut posuerit, tamen non est dominus, neque habitator; non ab eo pender, ne daret positum periculose; sed a domino aut habitatore. huic igitur quamquam non posuit, merito imputatur; quod patitur, in ejus

eius suggruenda protectove esse positum quod sciebat, aut scire debebat, transeunti periculosum esse, licet sit ab alio positum. Interim non opus, ipsum inhabitare, ubi positum habet, qui hoc nomine convenitur: modo conduxerit ædes *d. l. 5. §. 8.* quia utique debuit curare; ne esset positum. Aliquem forte moveat in contrarium; quod nec is qui posuit, culpa vacuus est: quia ne ponere quidem ab initio debuit transeunti periculosum futurum. Neque hoc nego. sed ex adverso considerandum: quod Prætor in hoc Edicto non vult inquiri, quis posuerit: sed quem oportuerit quo agitur tempore, prospicere; ne haberet positum. hoc vero ejus officium est, præterquam domini aut inquilini? Illustravi meo more versum primum *d. §. 12. l. 5.*

Quis alter? sic sonat: *Nam & cum pictor in pergula clypeum vel tabulam expositam habuisset, eaque excidisset, & transeunti damni quid dedisset, Servius respondit, ad exemplum hujus actionis dari oportere actionem: hanc enim non competere palam esse; quia neque in suggruenda, neque in protecto tabula fuerit posita.* Vocula, *Nam*, hoc versu non est pro causali; non enim continet rationem dicti in priore; sed diversum quid ab illo tractat. ita sumenda pro præterea, vel cæterum, vel simili, habente vim incipiendi. Pergula vero pictoris (nam hoc quoque addam) est, ejus exedra, officina, cellula: ut sub Titulo, *De judiciis* dictum in explicatione *l. 19. §. 2. ibidem.* Porro clypeus est, picta imago, dicta a clypei, sive scuti, forma, origo & causa nominis apud Plinium *lib. 35. Nat. hist. c. 3.* Exposuit igitur pictor clypeum in pergula, sive ante officinam. id ex eo liquet, quod clypeus decidit, & transeunti nocuit. an datur actio ad decem aureos? quærendi causa: quod Prætor eam actionem promisit; si quid periculose positum sit in suggruenda protectove. id vero in proposito non est. palam igitur est, eam actionem non competere ex Edicti verbis. quia tamen in pergula sic positus dicitur clypeus, ut transeunti per viam publicam æque periculosus esset, ac si esset in suggruenda protectove positus; respondit Servius, ad exemplum hujus actionis, actionem dari oportere: id est, utilem ex Edicti sententia, Postremus versus *d. §. 12. l. 5.* sic habet: *Idem servandum respondit, & si amphora ex reticulo* (reticuli mentio in *l. 17. §. 4. D. de act. empt.* sed alias le-

gitur, *reticulo*) *suspensa decidisset, & damni dedisset, quia & legitima, & honoraria actio deficit.* Sensus, in hoc casu non competere actionem directam ex Lege Aquilia, neque honorariam ex priore Edicti capite: sed dandam utilem: ut in explicatione *l. 1. §. 3. D. h. t.* tentatum supra.

In superioribus Ulpiani locis mihi explicatio successit satis ex sententia. De sequente ex *§. 13. d. l. 5.* plane despero. Verba talia sunt: *Ista autem actio popularis est, & heredi similibusque competit: in heredes autem non competit, quia pœnalis est.* Non improbo, quod ab Ulpiano popularis dicitur actio in decem aureos; si quis positum habeat in suggruenda protectove, quod delapsum, transeunti sit periculosum. non etiam improbo; quod ea actio dicitur in heredes non competere, quia est pœnalis. Una cura, quæ sit ratio verborum: *Et heredi similibusque competit.* Nam si popularis est actio in decem aureos, ut præ se fert Ulpianus: competit unicuique de populo; nec attinet quærere, an heredi competat: cum illi competat, non tamquam heredi, sed tamquam uni de populo. præit sic Ulpianus *d. l. 5. §. 5.* in expositione prioris Edicti: *Qua autem de eo competit, quod liber periisse dicetur, intra annum dumtaxat competit; neque in heredem, sed neque heredi similibusque personis; nam est pœnalis & popularis.* Hoc si ab Ulpiano concluditur rationi & juri convenienter: an ei fas est in *d. §. 13.* dicere, *Ista actio popularis est, & heredi similibusque competit?* Non est. atque eo minus; quia hæc actio ex secundo Edicti capite competens in decem aureos, non hoc nititur jure, quod positum nocuit, sed quod possit nocere. cui igitur bono, illam in decem aureos dari heredibus ejus qui in re sua læsus non sit? Indicavi difficultatem manifestam, a Latinis Interpretibus quantum memini, non animadvertam. eam sensit, & tollere conatus olim fuit Scholiastes Græcus, *Basilic. lib. 60. tit. 3. tom. 7. pag. 127. lit. P.* verbis quæ apposui ex interpretatione Fabroti. *Id est, in factum qua in duplum competit, de qua differuit. ad eam enim redit modo, & quod in eo themate prætermiserat, reponit. ibi enim docuit in duplum eam actionem dari. nunc docet popularem.* Nec enim de ea loquitur qua in decem aureos competit: qua cum sit de damno impendenti nondum facto, qua ratione nondum læsi in re sua heredibus dari posset. Sic ille: sed refutatur palam *d. l. 5. §. 5.* Tu cogita.

T I T U L U S IV.

De noxalibus actionibus.

Actiones noxales quarum meminit Rubrica, Gajus *l. 1. h. t.* ait sic appellari, quia non ex contractu, sed ex noxa atque maleficio, servorum adversus nos instituuntur. addit, earum vim ac potestatem esse; ut, si damnati fuerimus, liceat nobis deditione ipsius corporis quod deliquerit, evitare litis æstimationem. Justinianus autem *§. 2. Inst. d. t.* ait, summa ratione permissum esse, noxæ deditionem fungi: namque iniquum esse visum, nequitiam eorum quæ erat maxima, ultra ipsorum corpora dominis esse damnosam.

Has actiones idem Princeps *§. 4. d. t.* ait esse aut Legibus, aut Edicto Prætoris constitutas: Legibus, veluti furti ex Lege Duodecim Tabularum, & damni injuriæ ex Lege Aquilia: Edicto Prætorum, veluti injuriarum, & vi bonorum raptorum.

atque illæ speciales sunt, sub hoc vero Titulo nescio an Prætor generale proposuerit Edictum: cujus Caput fuerit tale. *Si servus insciente domino noxiam commisisse dicetur: eum in cujus potestate erit, quantum ob eam rem equum bonum judici videbitur, tantum as dare, noxamve dedere jubebo. Si servus sciente domino fecisse dicetur, detracta noxa deditione, judicium dabo.*

In his verbis promittit actionem noxalem Prætor; si servus noxam commisisse dicetur. Nec tamen ignoro, eum fecisse etiam filiifamilias & filiæfamilias mentionem: nam in his quoque personis locum habuit noxalis actio. & exemplum in *l. 33. h. t.* aliud observat V. CL. P. Pithæus in *tit. 2. Collat. Leg. Mosais. & Rom. & præterea l. 3. §. 4. D. de hom. lib. exhib.* Sed Justinianus *§. ult. Inst.*

Inst. h. t. docet, novam nominum conversationem existimasse, hujusmodi asperitatem recte respuendam esse: ideoque placuisse, in servos tantummodo noxales actiones esse proponendas: eo magis, quod apud Veteres legum commentatores sæpius inveniatur dictum, ipsos filios familiarum pro suis delictis posse conveniri. Hac igitur contemplatione patere, noxalem actionem in superiore Edicti forma tantum proponi, si servus noxiam admiserit: modo eam commiserit, insciente domino. Scientia porro quid significet, ex Paulo intelligitur: qui in *l. 4. h. t.* sic scribit: In delictis servorum scientia domini quemadmodum accipienda est, utrum cum consilio, an & si viderit tantum, quamvis prohibere non potuerit: quid enim si ad libertatem proclamans, domino sciente faciat, aut quid si contemnat dominum, vel cum trans flumen sit servus? rectius itaque dicitur, scientiam ejus accipiendam qui prohibere potest: & hoc in toto Edicto intelligendum est circa scientiæ verbum.

Habet igitur noxalis actio locum; si servus, insciente domino, noxiam commiserit. Justinianus autem §. 1. *Inst. h. t.* noxiam interpretatur ipsum maleficio: & pro exemplis ponit, veluti, si furtum fecerint, aut bona rapuerint, aut damnum dederint, aut injuriam commiserint. Ita probat hoc Gaii lib. 6. Ad Leg. xii. Tab. *Noxia appellatione omne delictum continetur l. 238. §. ult. D. de verb. signif.* Noxia etiam est generale nomen: idque in duas discedit partes: delictum & crimen. delictum est privata noxia: crimen publicum. designat igitur noxia cum in Duodecim Tabulis, tum in Edicto, omne delictum, non omne crimen, & ita Diocletianus & Maximianus *l. 4. C. h. t.* etiam Ulpianus *l. 17. §. 18. D. de Edict. Edict.* ad quem locum forte sub illo Titulo aliqua.

Ostenso, quando locum habeat noxalis actio: sequitur, adversus quem detur. hunc Prætor designat his verbis: *Eum in cujus potestate erit.* quid vero hoc sit, attingit Paulus *l. 215. D. de verb. signif.* sic scribens: cum agimus de noxæ deditioe cum eo qui servum non defendit; præsentis corporis copiam facultatemque significamus. Inde Justinianus §. 5. *Inst. h. t.* Omnis, inquit, noxalis actio caput sequitur. nam si servus tuus noxam commiserit, quamdiu in tua potestate sit, tecum est actio. si autem in alterius potestatem pervenerit: cum illo incipit actio esse. at si manumissus fuerit: directo ipse tenetur, & extinguitur noxæ deditio. Ex diverso quoque directa actio noxalis esse incipit. nam si liber homo noxiam commiserit, & is servus tuus esse cœperit: (quod quibusdam casibus effici, primo libro tradidimus) incipit tecum esse noxalis actio, quæ ante directa fuisset:

Sequens locus est, cui competat noxalis actio. sed cum detur ob damnum noxia datum; ultro intelligitur, dari ei cujus interest, sibi non esse notum. unus excipitur dominus: nam si illi noxiam commiserit servus; nulla est noxalis actio. & est ratio: quam his verbis adfert Justinianus §. 6. *Inst. h. t.* namque inter dominum & eum qui in potestate ejus est, nulla obligatio nasci potest. ideoque hoc addit, & si in alienam potestatem servus pervenerit, aut manumissus fuerit: neque cum ipso, neque cum eo cujus nunc in potestate sit, agi potest. Unde si alienus servus noxiam tibi commiserit, & is postea in potestate tua esse cœperit, interdicitur actio: quia in eum casum deducta sit, in quo consistere non potuit. ideo-

que licet exierit de tua potestate, agere non potes, quemadmodum si dominus in servum suum aliquid commiserit: nec si manumissus aut alienatus fuerit servus, ullam actionem contra dominum habere potest. Nec male Gaius *l. 20. D. h. t.* Qui, inquit, ex pluribus noxiis diversis temporibus experitur, ex una noxia servi dominum nanctus, nullam amplius actionem habet adversus eum qui dominus fuerat, cum actio noxalis caput sequatur. at si maluit dominus priore iudicio litis æstimationem sufferre vel eidem, vel alii ex alio maleficio agenti, nihilominus tenebitur.

Reliquum est, ad quid detur noxalis actio. id Prætor ostendit his verbis: *Quantum ob eam rem æquum bonum iudici videbitur, tantum as dare, noxamve dedere jubebo.* Hæc clausula quia infinitis locis adstruitur, quin in Edicto fuerit, dubitari non oportet. Solum quæri scio, *noxam* dixerit Prætor, an *noxæ*. Sed malim, *noxam*: quia in altero quoque Edicti capite, quod est in *l. 21. §. 2. h. t.* Prætor simili locutione usus est: *Judicium, inquit, dabo sine noxæ deditioe.* præterea in *l. 1. D. de deject. & effus.* sic ait, In iudicio adjiciam, *aut noxam dedere.* In primis vero me movet Imperator Justinianus §. 1. *Inst. h. t.* id verbum in Edicto fuisse comprobans, etiam quid designet, vere ostendens. Datur igitur hæc actio ad hoc, ut damnum sarciat arbitrio Judicis; alioquin, ut dedatur servus noxalis. Ut tamen, quæ est elegans Ulpiani observatio, damni æstimatio sit in æstimatione: noxæ deditio magis veniat ex beneficio legis *l. 6. §. 1. D. de rejudic.* eique addi potest *l. 21. h. t.*

Dedere porro servum est, eum actoris facere, sive ejus dominium in actorem transferre. proinde servum noxæ dedere solus potest dominus; & fuerit effectus deditiois, quem indicat Justinianus §. 3. *Inst. h. t.* ut dominus noxali iudicio conventus, servum actori noxæ dedendo ipso jure liberetur: nec minus ejus servi dominium a domino in actorem transferatur. ac si servus damnum ei cui deditus est, resarcierit, quæ sita pecunia, auxilio Prætoris manumittatur. Justissime: quia sic neutri domino sit injuria: non priori; nam servum sua voluntate dereliquit: non posteriori; quia reparato ei damno, nihil ultra desideret. damnum sane erat causa dedendi. ea ubi cessat, quid ni cessat effectus?

Quod dixi jus est, si servus sit in domini potestate. quid, si sit in potestate bonæ fidei possessoris? Ulpianus *l. 11. D. h. t.* sic scribit: Bona fide servi possessor, ejus nomine, furti actione tenebitur: dominus non tenetur. sed noxæ dedendo (bonæ fidei possessor, quia non est servi dominus) non facit quidem actoris: cum autem cœperit istum servum dominus vindicare, doli exceptione summovebitur; vel officio Judicis consequetur, (is cui deditus est servus) ut indemnis maneat. Sic breviter Ulpianus, plenius Africanus *l. 28. h. t.* & ad eum Cujacius tractatu 6. Hoc: si quis ab uno conveniatur noxali actione. quid, si a pluribus conveniatur, vel si ab uno, ex pluribus tamen delictis? late Ulpianus *l. 14. D. h. t.*

Deinde ait Prætor: *Si servus sciente domino fecisse dicatur, iudicium dabo, detracta noxæ deditioe.* Scientia quid significet in hoc Edicto, jam supra expositum ex *l. 4. h. t.* Dominum nunc accipimus qui tempore commissæ noxæ dominus fuit: & huc referri potest *d. l. 4. §. 1.* Ad postremam clausule partem, *iudicium dabo, detracta noxæ deditioe,* potest

potest referri *d. l. 4. §. 3. & l. 5. h. t.* Sensus clausulæ est: ut, si servus, sciente domino, noxiam commiserit; dominus in solidum teneatur; nec possit defungi noxæ deditioe *l. 2. h. t.* Quid, si plurium servus deliquerit, omnibus vel quibusdam scientibus aut ignorantibus? de hoc *l. 5. §. 9. 10. & l. 17. h. t.*

Ex his apparet, dominum, ob scientiam, suo nomine teneri in solidum. an & servi nomine? Paulus *l. 4. §. 2. h. t.* sic scribit: Cum dominus ob scientiam teneatur, an servi quoque nomine danda sit actio, videndum est. nisi forte Prætor unam pœnam a domino exigere voluit. ergo dolus servi impunitus erit: quod est iniquum? imo utroque modo dominus tenebitur: una autem pœna exacta, quam actor elegerit, altera tollitur. Sic breviter Paulus pluribus Ulpianus *l. 2. §. 1. d. t.* & ad utrumque locum ego *lib. sing. Ad leg. Aquil. c. 10.* Deditensum prioris & posterioris partis hujus Edicti. superest utriusque differentia. hanc dedit *l. 5. §. 1. l. 6. & l. 7. h. t.*

Sequens caput sic concipio: Si is qui in aliena potestate est, noxiam commisisse dicatur, eum dominus, cum est præsens, defendere, alioquin tradere, & de dolo malo reprobare debet. Ita fere Callistratus *l. 32. h. t.*

Porro ait Prætor: Domino, si bona fide abfuit, item si quis jus, quod in servo habet, paratus sit defendere, causa cognita, potestatem faciam. Hæc ex *l. 2. §. 1. D. Si ex noxal. caus. ag. l. 30. l. 26. §. ult. & l. 27. D. h. t.*

Aliud rursus Edicti caput ab Ulpiano in *l. 21. h. t.* ita proditur. Si is in cuius potestate servus esse dicitur, negavit se in sua potestate servum habere: utrum actor volet, vel dejerare jubebo in potestate sua non esse, neque se dolo malo fecisse, quo minus esset; vel iudicium dabo sine noxæ deditioe. Summam ca-

pitis hanc dat Ulpianus *l. 22. §. ult. h. t.* Si, in-
quiens, negavit dominus, in sua potestate esse ser-
vum, permittit Prætor actori arbitrium, utrum
jurejurando id decidere, an iudicium dicere sine
noxæ deditioe velit. per quod vincet, si proba-
verit eum in potestate esse, vel dolo ejus factum,
quo minus esset: qui autem non probaverit, in po-
testate adversarii esse servum, rem amittit.

Quid est, in potestate? dices, habere servi do-
minium, & probo. sed non est satis: præterea de-
bet habere exhibendi servi potestatem *l. 21. §. 3. h. t.* Inde responsum *l. 22. d. t.* si servus deposi-
tus vel commodatus sit, posse cum domino agi
noxali actione. & pro ratione additur: quod ei
servire intelligitur. & quod ad hoc Edictum
attinet, in potestate ejus est: maxime, si habeat
copiam recuperandi hominis. Eadem est ratio ejus
qui servum suum creditori dedit pignori, aut qui
eum alicui precario concessit, si modo ei sit copia
servum quandocumque repetendi, id est, si ha-
beat pecuniam ex qua pignus dissolvi, & liberari
servus possit. Quid, si non habeat pecuniam: sed
rem qua vendita, ei facilis sit pecuniæ comparatio?
placet, ei non esse facultatem repetendi: ne alio-
quin cogatur res suas divendere ob noxam servi
d. l. 22. §. 1. & 2.

Quod attinet ad creditorem qui servum pigno-
ri accepit, aut eum qui servum precario rogavit:
is non tenetur noxali actione: quia etsi posside-
ant iuste & naturaliter, non tamen opinione do-
mini possident: & ideo vix est, ut eum servum
in potestate sua habere videantur; cum nec domi-
nium noxæ deditioe ad actorem transferre pos-
sunt. Debebit tamen creditor quive precario ro-
gavit, servum defendere, aut jus quod in eo habet,
amittet. avocabitur igitur ab eo servus & ducetur
ab illo cui nocitum sit *l. 27. §. 1. h. t.*

LIBER DECIMUS

TITULUS I.

Finium regundorum.



X actionibus mixtis tam in rem, quam in personam, quas in loco feci quatuor, explicandæ restant adhuc tres: nempe finium regundorum, familiæ erciscundæ, & communi dividundo: nam hereditatis petitionem libro v exposui. Actio finium regundorum sic appellata a primis Edicti verbis quo fuit proposita. etsi perfecta est primum a Lege Duodecim Tabularum: ut ex Cicerone *lib. 1. De legibus c. 21.* & Nonio, in verbo, *Lis*, intelligitur: ne quid addam de Inscriptione *l. ult. h. t.* Fuere autem duo Legis capita. Priore comprehensum fuit: ut inter affinia prædia vacuum relinqueretur spatium quinque pedum quo uterque vicinis posset ire, agere, & aratrum vertere: vetitumque fuit; ne id spatium usucaperetur. Altero capite fuit cautum ut Prætor, vicinis de confinio iurgantibus, tres daret Arbitros, quorum arbitrio finium controversia componeretur. Hæc Legis summa confirmata deinde Lege Mamilia: nisi quod voluit pro tribus Arbitris a Prætore unum mitti Arbitrum. Legis Mamilia

præter Ciceronem meminere etiam Siculus Flaccus, *De condit. agror.* pag. 8. Aggenus Urbicus, *de limitib. agror.* p. 53, & Simplicius p. 83. Est igitur origo hujus actionis cum ex Duodecim Tabulis, tum ex Lege Mamilia. hanc Edicto excepit Prætor in hunc modum. *Finium regundorum si agatur inter confines: arbitrium dabo; ut fines ejus arbitratur regantur. item, si quid damni datum factumve erit, sive quid eo nomine alicui aberit aut ad eum pervenerit, ut id præstetur.*

Prima erit deliberatio, quando sit huic actioni locus. est autem tum, si agatur finium regundorum. Hæc verba indicat Rubrica: desumpta, ut passim, ex primis Edicti verbis. Proprie autem fines distinguuntur a fundo, etiam a loco *l. 60. §. ult. D. de verb. signif.* & ideo est alia de loco, alia de fine quaestio. illa est de proprietate vel possessione: ista de neutra; sed de finibus: id est, de spatio quinque pedum inter duos agros vacuo ex Lege Duodecim Tabularum. altera hujus Tituli: altera Tituli, De rei vindicatione. id declarat Constantinus *l. 3. Cod. Theod. h. t.* his verbis. *Si finalis controversia fuerit, tunc demum*

demum arbiter non negetur, cum intra quinque pedes locum de quo agitur, apud Præsidentem esse constiterit: cum de maiore spatio causa quedam non finalis, sed proprietatis apud ipsum Præsidentem debeat terminari. Sic Constantinus, etiam Isidorus lib. 5. Orig. c. 25. Verba Isidori. *Finium regundorum actio dicta, quod per eam regantur fines utrique, ne dissipentur, dummodo non angustiare quinque pedum loco ea controversia sit.* Ait, angustiore. Scribo, angustiore quod cum Constantini Lege convenit. Superioribus addam: quod si lis de loco, seu possessione, jungatur cum quaestione finium regundorum, primum esse inquirendum de possessione, deinde de finibus: ita traditum a Constantino l. 1. Cod. Theod. h. t. ex qua descripta est l. 3. C. h. t. Dixi, quando detur finium regundorum actio.

Expectas, inter quos detur, ait Prætor, *Inter confines.* Hæc verba excerpti ex l. 4. §. 10. h. t. In Duodecim Tabulis *vicinos* vel *vicinos*, fuisse, est communis sententia, propter hæc M. Tullii lib. 4. De republica, apud Nonium c. 5. pag. 726. *Jurgare Lex putat inter se vicinos, non litigare.* Sed est error. sunt hæc Ciceronis, non Duodecim Tabularum, verba. Dixit igitur Lex, & ex ea Prætor, *Confines.* qui & *adsines* appellantur l. 12. D. h. t. utrique in agris vicini: ut docet Festus, in verbo, *Adsines.* An etiam in urbe? sed magis est, ut hic vicinia sit, quam confinium: eo quod urbana prædia parietibus, non finibus, determinantur. Non alio spectavit Cicero, in Topicis §. 21. *Si in urbe de finibus controversia est, quia fines magis agrorum videntur esse, quam urbis, finibus regendis adicere arbitrium non possis.* Eadem ratione ne in agris quidem, si juncta sint ædificia, erit huic actioni locus. nam ubi parietibus distinguuntur prædia, apparent fines, & supervacue reguntur. Si tamen in urbe ea contingat hortorum latitudo: nil vetat, vel ibi finium regundorum magis l. 4. §. pen. l. 2. D. h. t. Ita non comperit hæc actio inter alios, quam confines: ac si inter duos agros sit vel via publica vel flumen: non erit agrorum confinium; nec agatur finium regundorum: qui in confinio magis via flumeneve est, quam vicinum prædium. Inde in d. l. 4. §. ult. legendum, *Si verò flumen vel via:* ita suadent quidam libri, & quodammodo sequens desiderat l. 5. h. t. Quid, si sit privatus rivus aut via privata? jam agi potest: quia confinium est, hujusmodi via aut rivo præstante finem. idem dicendum, si in confinio aut ædificium aut arbor sit l. 2. h. t. nam domus aut arboris interpositione non desinit confinium. Hoc modo Aggenus Urbicus, De limitibus agror. p. 53. Verba ejus. *Finis enim multis documentis servabitur, terminis & arboribus notatis, & fossis, & viis, & rivis, & vepribus, & superciliis & rigoribus sæpe normalibus, ut comperi aliquibus locis, inter arva marginibus quibusdam tamquam pulvinis: sæpe etiam limitibus. item petras notatas quæ in finibus sunt, pro terminis habebitis.*

Promittit igitur Prætor actionem finium regundorum *inter confines:* eoque efficit, ut in hoc judicio par sit omnium conditio; & singulæ personæ duplex habeant jus, id est, ejus qui agit, & ejus qui convenitur l. 10. D. h. t. etsi placuit, eum magis videri actorem qui ad judicium provocasset. sed cum ambo ad judicium provocant, forte res discerni solet l. 13. & 14. D. de judic. Nec hoc frustra; quod infinite *inter confines* ait Prætor: sicut enim intendit, ut non solum inter duos fundos, verum etiam inter tres pluresve accipi

possit judicium finium regundorum, ut puta, singuli plurium fundorum confines sunt, triam forte vel quatuor l. 4. §. 8. D. h. t. Datur igitur hæc actio inter confines. qui autem sint tales, indicat actionis natura: nam est pro vindicatione l. 1. h. t. ideoque apparet, confines intelligi agriorum dominos: sive veri sint domini, jure civili, sive jure Prætorio habeant jus domini proximum: ut emphyteutæ in agris vectigalibus l. 4. §. 9. d. t. nam hi jure civili non sunt domini agrorum vectigalium, nec agunt directa in rem actione: sed a Prætoribus, quasi domini sint, habent utilem in rem actionem: ut dictum supra sub Titulo, *Si ager vectigalis.* Similiter placet, inter eos qui habent usumfructum, itemque inter fructuarii & dominum proprietatis vicini fundi, & inter eos qui jure pignoris possident, actionem finium regundorum competere d. l. 4. §. 9. sive quod fructuarius & creditor pignoratitius habeat jus in re, ex eoque in rem actionem: sive quod esse videntur domini procuratores l. 1. §. ult. D. de nov. oper. nunc. l. 29. in fin. D. Famil. ercisc. Datur igitur hæc actio inter confines, id est, inter dominos vicinorum prædiorum. An etiam inter socios, communem fundum habentes? Paulus l. 4. §. 6. h. t. sic scribit: *Qui communem fundum habent, inter se non condemnantur: neque enim inter ipsos accipi videtur judicium.* Hujus versus, nisi jungatur cum verbis §. 7. sequentis, ex hisque sumatur species, sane supervacua disputatio est. quid enim vult ab his separatus: nisi, quod non potest inter socios fundi unius communis pro indiviso accipi judicium finium regundorum? sed ea si fuit Pauli sententia, inutilis est: nemine dubitante, ubi nulli sunt fines, ibi esse non posse litem de finibus at qui possunt in fundo pro indiviso communi, quatenus ad socios, intelligi fines? igitur ut inveniatur sensus d. §. 6. jungenda ei sunt verba §. 7. mox sequentis: in quibus hic casus: *Si communem fundum ego & tu habemus & vicinum fundum ego solus.* ex eo casu quaeritur; an possimus finium regundorum judicium accipere? Ulpianus, Pomponium sequutus, negat, posse nos accipere, quam ob rem? ait, quia ego & socius meus in hac actione adversarii esse non possumus, sed unius loco habemur: id est, in fundo uno communi pro uno habemur: cum lis tantum inter duos esse queat. Cessat igitur directa finium regundorum actio. Sed ad utilis dabitur? non videtur Pomponio, neque Ulpiano. quæso, cur ita? non putant, hanc esse necessariam: parato ei alio remedio. id quale? Ulpianus sic scribit: *Idem Pomponius, ne utile quidem judicium sic dandum dicit: cum possit qui proprium habeat, vel communem, vel propriam fundum alienare, & sic experiri.* Hæc ego paucis & quam simplicissime, pluribus & erudite, more suo, Dominus Cujacius lib. 22. Observ. c. 38.

Quid, si fundum alienaverint socii, aut egerint communi dividundo, postquam vicinus cum iis egit actione finium regundorum? Julianus l. 9. D. h. t. putat, judicium finium regundorum manere, quamvis socii communi dividundo egerint, vel alienaverint fundum. Et est ratio: quod actio finium regundorum magis fundo, quam personis competit l. 4. §. 5. h. t. quamdiu igitur confines manent fundi, tamdiu inter confines manet actio finium regundorum, confusis finibus.

Porro ait Prætor, *Si agatur.* Lex Duodecim Tabularum dixit, *Si surgant.* Actor. M. Tullius lib. 4.

lib. 4. *De republica*, apud Nonium, loco supra allegato. Inde finale jurgium l. pen. C. h. t. & vicina jurgia in hoc Horatii lib. 2. *Epist.* 2.

Sed vocat usque suum, qua populus adfuit certis Limitibus vicina refugit jurgia.

Utrum tamen Prator eo, an consimili, usus sit verbo, non affirmavero temere; nec refert; cum jurgium & jurgare etiam generaliter de quacumque lite dicatur: ut multis probat V. Cl. Johannes Savaro ad Sidonii Apollinaris lib. 2. *Epist.* 7. pag. 131.

Intelleximus, actionem finium regundorum inter confines a Pratore dari. Quæris ad quid datur? Indicio erunt sequentia Edicti verba; *Arbitrum dabo; ut ejus arbitratu fines regantur.* Tum ista: *Item, si quid damni datum factumve erit, siue quid eo nomine alicui aberit, aut ad alterum pervenerit, ut id præstetur.* Conceptam a me cernis actionem finium regundorum, tamquam mixtam in rem & in personam; eoque constare ex duobus; id est, ex rebus & præstationibus personalibus. Quod ad res attinet; (ab his incipiet explicatio) ejus summam, etsi obscurius, continet hoc Ulpiani l. 8. §. 1. h. t. *Ad officium de finibus cognoscendis pertinet, mensores mittere, & per eos dirimere ipsam finium questionem, ut æquum est, si ita res exigit, oculisque suis subjectis locis.* Sic editur, *mensores & per eos.* sed præstat, scribi, *mensorem, & per eum.* primum, quia hæc lectio convenit Legi Mamiliæ. fit deinde in pr. d. l. ab Ulpiano similiter mensoris mentio, nec minus Constantinus l. 3. C. d. t. Agrimensor, inquit, ire præcipiatur. Hæc mea in d. §. 1. observatio. Est alia Viri Amplissimi, Willemi Goessii, *Not. ad Rei agrar. auct.* pag. 197. §. c. 4. *Antiq. agrar.* pag. 37. verba, *Si ita res exigat,* a Triboniano esse Ulpiano assuta supervacue: nam rem semper exigere, loca oculis subijci ab Arbitro: & quidem usque adeo; ut hinc alibi Inspector appelletur. Sed ignoscat mihi Vir Eximius non attenti. Non enim spectant ea verba ad sequentia, *Oculisque suis subjectis locis:* sed ad præcedentia, *Et per eum dirimere ipsam finium questionem, ut æquum est.* Ita nolum, ea expungi in d. §. 1. imo puto, resistere tenorem l. 2. 3. 4. D. h. t. §. 6. *Inst. de offic. judic.* & §. 20. *Inst. de act.* nec dubito, quin idonea sit Ulpiani sententia, Esse officium Arbitri, de finibus ex Pratoris datione cognituri, Mensorem mittere in rem præsentem, ex ejusque renunciatione (sic solitum fuisse, liquet ex l. 3. §. 4. D. Si mens. fals. mod.) declarare & restituere antiquos fines, aut constituere novos, si ita res exigat, id est, si novis opus sit finibus: quia veteres regi, aut inveniri nequeunt. quo vero hoc melius expediatur, postulat Ulpianus, vel Judicem oculis suis loca subijcere. Estque, ut hoc addam, illa Ulpiani locutio non dissimilis huic Livii lib. 27. c. 26. *Quin imus ipsi cum equitibus paucis exploratum. subjecta res oculis nostris certius dabit consilium.* Ita plane est: Ulpianus vult, præter Mensorem, etiam Arbitrum in rem præsentem venire, & quale sit de quo jurgatur, suis oculis considerare: eoqueInspectorem appellari a Simplicio pag. 88. in fine, scire licet. Nec tamen oportet, Judicem in notione stare oculorum fide: sed præterea sequi vetera monumenta; & census auctoritatem antelitem contestatam ordinati: modo successionum varietate & possessorum arbitrio, additis detractive agris, fines postea permutati non sint l. 11. D. & l. 2. C. h. t. Quid tandem? secundum hæc & alia finium documenta, insuper ab Ag-

geno Urbico allata *Comment. in Jul. Frontin. De limit. agror.* pag. 53. declarabit, Mensoris intervntu, Arbitr, si poterit, antiquos fines: atque ut in rei vindicatione, ita in hac actione, rem restitui jubebit: ac si vel arbor vel ædificium fines confundat; arborem succidi vel ædificium deporni: & nisi pareatur, contumacem condemnabit l. 4. §. 3. h. t. Nempe, quia actio finium regundorum in rem est; quatenus uterque affinis quod est intra pedes quinque, sui domini esse vindicat. At non eo minus est officium Arbitri, habere rationem ejus quod interest. ac fundamento æque bono ac firmo: videlicet, quod hæc actio est non in rem tantum, sed in personam quoque. Respicias? sed Paulus l. 1. D. h. t. *Finium*, inquit, *regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione rei est.* Sensus Pauli (me interprete) est: Finium regundorum actio etiam in personam est, licet alioquin pro rei vindicatione est: id est, Licet in spatio quinque pedum suam quisque partem finium regundorum actione vindicet, ideoque hæc in rem actio sit: quia tamen hac petitur quoque quod debetur; negari nequit, etiam in personam actionem esse, utpote obligatione subnixam. Atqui vocula, *etiam*, apud Paulum d. l. 1. non est. Fateor. sed frequentes apud Veteres esse hujusmodi locutiones, in quibus ea deficit particula, & intellectu supplenda est, pluribus exemplis demonstravi lib. sing. *Ad Edict. De pact. & transact.* c. 3. In præsentia autem necessariam esse hanc interpretationem, an ambigam? ubi actio finium regundorum in §. 20. *Inst. de actionibus* a Justiniano sine circuitu mixta dicitur esse tam in rem, quam in personam. Jam illam rem inde constare, tam res docet & natura actionis, quam demonstratum modo est a Paulo. Præstationibus autem personalibus ipsam non destitui, ignorari non finit hoc Justiniani §. 6. *Inst. de officio judicis:* *Eo quoque nomine condemnandus est quisque hoc iudicio, quod forte circa fines aliquid malitiose commisit. verbi gratia, quia lapides furatus est, vel arbores finales excidit.* Mitto Justinianum: ipse Paulus l. 4. §. 1. h. t. eodem plane modo, *In iudicio*, inquit, *finium regundorum etiam ejus ratio sit quod interest.* Ac ne exemplo careret observatio hæc personalis præstationis, porro subjicit: *Quid enim si quis aliquam utilitatem ex eo loco percepit quem vicini esse appareat? inique damnatio eo nomine fiet.* Sic Florentiæ exhibet Taurellius. at in vulgata Accursii editione, & Marginalibus Russardi Notis reperio, *an inique.* Multo melius: nisi Florentiæ sic ponatur signum interrogationis post hæc, *inique damnatio eo nomine fiet?* nam tum eodem redit sensus: & interrogatione illa, etsi non sequatur responsio, tale confit exemplum præstationis personalis tatis elegans: Si quis ex confinibus aliquam percepit utilitatem eo ex loco quem vicini esse appareat; Judicem finium regundorum non modo rerum, sed etiam ejus quod interest habiturum rationem; nec inique damnationem eo nomine facturum. Est & aliud consumile Pauli exemplum in hoc d. §. 1. *Sed & si mensor ab altero solo conductus sit, condemnatio erit facienda ejus qui non conduxit, in partem mercedis.* Possent hæc sufficere existimanti, Paulum in d. l. 1. esse adjuvandum subaudita vocula, *etiam.* Non tamen omitram hæc ejus sequentia ex §. 2. d. l. 4. nam eodem exeunt: *Post litem autem contestatam etiam fructus venient in hoc iudicium: nam & culpa & dolus exinde præstantur. sed ante iudicium percepti non omnimodo*

omnimodo hoc in iudicium venient; aut enim bona fide percepit, & lucrari eum oportet, si eos consumpsit; aut mala fide, & condici oportet. Non me confundit; quod a Paulo additur fructus condici. nam conditiones ex causa injusta vel sine causa concurrunt cum aliis actionibus l. 5. D. de except. rei judic. l. 52. D. Mandati. Sed quid haremus? ambiguitatem, si quæ hic videri adhuc possit, ipse tollit Paulus l. pen. D. Famil. ercisc. conjungenda cum d. l. 4. §. pen. ut utraque ex eodem est ad Edictum libro 23. Verba Pauli sunt hæc: *Non solum in finium regundorum, sed & in familia erciscunda iudicio, præterui quoque temporis fructus veniunt.* Aliquis putet, quod in actione finium regundorum dixi, æque in rei vindicatione obtinere. Sed aliter se res habet: nam fructus in rei vindicatione, petita re iudicis arbitrio debentur: re non petita non debentur. At in iudiciis divisiis jure obligationis & actionis debentur. præbet argumentum: quod in his etiam sublata aut finita communione superest fructuum repetitio l. 6. §. 1. D. Commun. divid.

Hæc: si regi fines possint. quid, si nequeant? pone, de finibus nihil liquere; aut eam esse regionum difficultatem, ut non admittant veterum finium distinctionem; jam necesse est, novos constitui, & agi adjudicationibus l. 2. §. 1. l. 3. D. h. t. idemque in loco observari l. 4. d. t. Est porro effectus adjudicationis; ut transferat adjudicatæ rei dominium, aut usucapiendi conditionem l. 17. D. de usurp. & usucap. & quidem statim a lata sententia: quamvis nulla intervenerit traditio. Esse vero id in tribus hisce iudiciis singulare, auctor est Justinianus §. ult. Inst. de offic. judic. & ante Ulpianus in Fragm. tit. 19. Postremo adjudicationem, si de ea servanda quærat, tuetur Prætor cum exceptionibus, tum actionibus l. 44. §. 1. D. Famil. ercisc. Interim ne alteri ea re creetur damnum, placuit quoque, eum cui facta sit adjudicatio, invicem alteri ex æquo & bono certæ pecuniæ condemnari l. 2. §. 1. l. 3. l. 4. §. 5. D. h. t.

Dixi de spatio quinque pedum, inter duo prædia, ex prior capite Legis Duodecim Tabularum & Legis Mamilie vacuo relinquendo. Deinceps agam de altero quo ejus usucapio prohibetur. Ad hanc partem pertinet l. pen. & l. ult. C. h. t. posteriorem attingam prius. ejus Inscriptio est, *Imppp. Theodosius, Arcadius & Honorius AAA. Rufino P. P.* verba hæc: *Cunctis molitionibus & machinationibus amputatis, decernimus, in finali questione non longi temporis, sed triginta tantummodo annorum præscriptionem locum habere.* Huic legi vim manifestam intulit Tribonianus: nam & mutilavit eam, & ejus sensum fecit contrarium huic quem ei dederant ejus auctores. non est hæc suspicio: veritas est evidens & certa collatione l. 5. Cod. Theod. h. t. in qua sic exstat: *Cunctis motionibus & machinationibus amputatis, finalibus jurgiis omnem modum quem præscripsimus, ac de eo tantum spatio, hoc est pedum quinque qui veteri jure præscripti sunt, sine*

observatione temporis, arbitros jussimus judicare. Quod si loca in controversiam veniant, solemniter judicare cognoscas, & seu civilis, seu criminalis actio competit, tribuetur: ita ut causa cognita, & redhibitione obnoxius decernatur, nec pœnam convictus aufugiat. Finale iurgium de spatio quinque pedum arbitros hac, ut vides, in lege admittit sine observatione temporis: verum Tribonianus in d. l. ult. jussit, in eo non quidem longi temporis, sed triginta annorum, præscriptionem habere locum: nempe inflectens eam ad Constitutionem Theodosii junioris ab eo positam in l. 3. C. de præscript. trig. vel quadrag. ann. Quamquam & hæc interpolata ex l. unic. Cod. Theod. de act. cert. emp. fin. lib. 4. tit. 14. nam ibi ipsa quoque hæc finalis quæstio excipitur a præscriptione triginta annorum: cum ea exceptio sit expuncta in d. l. 3. Sed in l. 1. §. 1. C. de annal. except. a Justiniano in actione finium regundorum palam approbatur præscriptio triginta annorum.

Dixi de l. ult. C. h. t. exspectas, quid sentiam de l. penult. Verba hæc sunt: *Quinque pedum præscriptione submota, finalis iurgii, vel locorum libera peragatur intentio.* Quid delignent ista verba, quæso, dic mihi: nam sic truncata a Triboniano quid significant, ipse tibi dicere neque ausim, neque possim. Interim in Codice Theodosiano, prout olim eum edidit Johannes Tilius, non reperitur. sed in editione Lugdunensi Jacobi Cujacii anni 1566, aliisque insecutis, inter quas est novissima Jacobi Gothofredi, sic exstat: *Quinque pedum præscriptione summotâ, finalis iurgii vel locorum libera peragatur intentio. Sola sit igitur hujusmodi una præscriptio, quæ improbi petitoris refrenare possit invidiam, si veteribus finem cum signis limes inclusus congruè erudita arte præstiterit. Nec vero prolixioris temporis in hujusmodi locum habebit ulla præscriptio, cum diuturno ocio alienum rus quisque asserat se diligentius coluisse: quando omne hujusmodi iurgium solo præcipimus jure discingi quo artis hujus peritis omne commissimus sub fidei arbitratione iudicium.* Jam ampliorem esse legem, non inficior: an planiorem dicere liceat, nondum constitui. sensum certe ejus, si intra præscriptum verborum, ut oportet, maneamus, ego aptum & certum non magis cerno: quamvis talem se deprehendisse blanditus sibi suo modo est V. CL. Jacobus Gothofredus ad d. l. 4. & alio Amplissimus Senator, Wilhelms Goësius, Not. ad Auct. rei agr. pag. 189. Sed mihi a neutro latisfactum: existimanti, ut sincerus dici possit loci sensus, non sufficere, ad eum esse excogitatum a Viro Docto aliquid: sed quod pro vero cedat, in ipsis verbis loci qui expediendus sit, unicuique bona fide apparere oportere. id vero in proposito non est ab illis præstitum. ita mihi fas sit, donec hoc contingat, iudicium suspendere, & in præsentia pronunciare, quod in d. l. 4. quæritur, mihi non liquere.

TITULUS II.

Familie erciscunda.

Actionem familie erciscundæ esse protectam a Lege Duodecim Tabularum, Ulpianus auctor est l. 1. h. t. deinde Edicto inclusam a Prætoribus fuisse, intelligitur ex Gaji, Ulpiani, & Pauli libris Ad Edictum sub hoc Titulo. verba Legis periere: etiam Edicti. summa sit:

Familie erciscunda si agatur inter coheredes: arbitrum dabo; ut ejus arbitratu res hereditaria singulis adjudicentur; item si quid damni datum factumve erit, siue quid eo nomine aberit alicui aut ad eum pervenerit, ut id præstetur. Verba hæc, *Familie erciscunda*, indicat Rubrica: in quam, ut alias

alias lege, ex Edicto transire. Ista, *Si inter coheredes agatur*, sum mutuatus ex *l. 1. pr. §. 1. h. t.* item *§. 20. Inst. de action.* Mentio Arbitri in *l. 43. §. 1. 57. h. t.* Sequentia designat *l. 22. §. 4. l. 55. h. t. §. 4. Inst. de officio Judicis.* Profecta igitur familiae eriscundae actio a Lege Duodecim Tabularum: hac ratione quam observat Ulpianus *d. l. 1. pr.* quod heredibus, volentibus a communione discedere, necessarium videbatur aliquam constitui actionem, qua inter eos res hereditariae distribuerentur.

Ait Praetor, *Familia eriscunda si agatur.* Haec verba indicant, quando sit huic Edicto locus: nempe, si agatur familiae eriscundae. Eriscere vero unde derivetur, & quid significet proprie, multis inquisivere Viri Doctissimi, Gerardus Johannes Vossius *Etymologic.* & Claudius Salmastius *Plinian. exercitat. pag. 891. §. seq.* sed meo instituto sufficit, *eriscere* esse verbum antiquum, valens idem quod dividere, auctore Isidoro *lib. 5. Origin. c. 25.* Familia interdum ad personas refertur, interdum ad res *l. 195. §. 2. D. de verb. signif.* hoc modo sumitur in praesentia: significat enim hereditatem, vel res hereditarias, ita Ulpianus *l. 2.* & Gajus *l. 1. h. t.* hereditatem & res hereditarias vocant quae in Edicto veniunt appellatione familiae. Atqui res sunt distinctae ab hereditate. Ut tamen sub Titulo *De petitione hereditatis* dictum, hereditatis vim atque utilitatem continent. ita non est absurdum, hereditatem rebus censeretur; ex hisque recipere divisionem quam naturaliter non habet. quomodo teruitutes, quia incorporeales sunt, individuae habentur: & tamen obtinuit, usumfructum fundi vel in solidum vel pro parte constitui ab initio *l. 5. D. de usufructu.* similiter dicamus de hereditate: quod ea quidem quatenus jus est, omnem respuit divisionem, praeter eam quae intellectu constat: quatenus vero habet res & corpora, non magis a divisione remouetur, quam usufructus. atque ita accipio *§. 4. Inst. de offic. judic. juncta. l. 8. in fin. D. de rei vindic. §. 1. 7. D. Si pars hered. pet.* Promittit igitur Praetor hanc actionem, si familiae eriscundae agatur: & quia simpliciter atque indistincte: inde scribit Ulpianus *l. 2. h. t.* per familiae eriscundae actionem dividi hereditatem, sive ex testamento, sive ab intestato, sive ex Lege Duodecim Tabularum, sive ex aliqua, id est, alia qua, Lege, vel ex Senatusconsulto, vel etiam Constitutione hereditas deferatur. Et bene addit, generaliter eorum dumtaxat dividi hereditatem posse, quorum peti potest hereditas. talis vero est delata & adquisita. eoque & pertinet *l. 49. D. h. t.* Quid, si quarta ad aliquem arrogatum deferatur ex Constitutione D. Pii; an propter eam quoque est huic actioni locus? non est: quaerentibus actionem directam: quia hic neque hereditas est, neque bonorum possessio. sed utilis familiae eriscundae actio erit necessaria *l. 2. §. 1. h. t.* Similis est dubitatio, si filii familias militis speculum sit? sed ait Ulpianus, fortius defendi posse, hereditatem per Constitutiones effectam, & ideo locum fore huic iudicio. *d. l. 2. §. 2.*

Deinde ait Praetor, *Si inter coheredes agatur.* Datur igitur haec actio inter coheredes *l. 1. h. t.* tales autem proprie intelliguntur qui sunt Jure Civili coheredes. sed Ulpianus *l. 24. §. 1. h. t.* familiae, inquit, eriscundae iudicium & inter bonorum possesores, & inter eum cui restituta est hereditas ex Trebelliano Senatusconsulto, & ceteros honora-

rios successores, locum habet. ut enim Jure Civili non sint coheredes; Praetorio Jure pro coheredibus habentur. Porro Praetor, cum ait *Si inter coheredes agatur*, duplex facit familiae eriscundae iudicium: eoque vult, omnes coheredes pro actoribus, omnes pro reis, haberi *l. 2. §. 3. h. t.* omnes jurare, se non calumniae causa litem intendere, & non calumniae causa ad inficias ire *l. 44. §. 4. h. t.* Quod si est: differt actio familiae eriscundae a petitione hereditatis. nam haec non est sic proposita: sed datur heredi adversus eum qui pro herede prove possessore hereditatem totam vel pro parte possidet: & ideo simplex est, non duplex: quia intelligitur, quisnam actor, quisnam reus, sit. quod in superiore actione, in qua par omnium causa videtur, non est. etsi placuit, magis actorem intelligi eum qui ad iudicium provocasset *l. 13. D. de iudiciis.* & cum ambo ad iudicium provocant, forte res discerni solet *l. 14. D. d. t.* Proponit igitur Praetor actionem familiae eriscundae, si inter coheredes agatur. In vero tum fit; si alter alteri non movet de hereditate controversiam. ac si contra fiat: non dat actioni familiae eriscundae, sed petitioni hereditatis, locum *l. 1. §. 2. D. Si pars hered. pet. l. 15. D. de except. rei judic.* Nec male sic Scævola *l. 37. D. h. t.* Qui, inquit, familiae eriscundae iudicio agit, constitetur, adversarium sibi esse coheredem. In quibusdam editionibus est, *non constitetur.* Sed Graeci in *Basilic. lib. 42. tit. 3.* non agnoscunt negantem particulam: quamquam eam retineat Cujacius *lib. 9. Observ. c. 36.* & Hotmanus *lib. 5. Observ. c. 1.* Ita igitur est: si quis neget, adversarium sibi coheredem esse: primum petenda est hereditas, ut heres declaretur: deinde veniendum ad hereditatis divisionem. Quod si ab hoc ordine recedatur: praepostere agitur; ac fit petitioni hereditatis praedictum *l. 5. §. ult. D. de petit. hered.* & agenti obstat exceptio, Ni fiat praedictum petitioni hereditatis. Sic Gajus *l. 1. §. 1. h. t.* nec improbo: maxime, si is qui coheres esse negatur, partem suam non possidet. alioquin licet coheres esse negetur: putat Gajus, non nocere hanc exceptionem: magisque Judicem apud quem hoc iudicium agitur, eo casu an coheres sit, cognoscere: postulante id quodammodo necessitate. primum, quia partem suam possidens non potest petitione hereditatis experiri: numquam illa possessori competente: cum contra familiae eriscundae iudicium etiam possidenti detur. deinde non est sic periculum; ne in hoc casu fiat petitioni hereditatis praedictum: utique, si is qui ab hoc convenitur familiae eriscundae iudicio, hereditatem quidem suam esse petat, at non totam. cur enim hoc casu familiae eriscundae Iudex, an ille coheres sit, non cognoscat: certo, quod ei jus est, de omni incidente quaestione cognoscere *l. 1. C. de ordin. judic.* & quamquam alter neget, alterum sibi coheredem esse; non idcirco ejus partem suam esse dicit. recte igitur cognoscit hac in specie familiae eriscundae Iudex, an ille sit coheres: quia nisi coheres sit, neque oportet ei quidquam adjudicari, neque adversarius ei damnandus est *l. 1. §. 1. D. h. t.* Datur igitur haec actio inter coheredes. nec distinguit Praetor; utrum uterque, an alter, hereditatem possideat. nam vel hoc casu partes suas interponit *l. 25. §. 2. h. t.* Non magis refert Praetoris; utrum unus petat familiam dividi, an omnes, vel plures: nam, ut dixi, nihil distinguit *l. 2. §. 4. h. t.* igitur sic scribit Ulpianus *l. 43. D. h. t. Arbitrum*

familia erciscunda vel unus petere potest: nam provocare apud iudicem vel unum heredem posse, palam est. igitur & presentibus ceteris & inuitis poterit vel unus arbitrum poscere. Sic passim editur. an recte est, quod ambigas. quis enim sic colligat, Igitur & presentibus ceteris & inuitis? contra videmus, Inuites accipi pro his qui praesentes contradicunt, patere igitur, pro presentibus, reponi absentibus: ut in l. 26. D. de reg. juris conjungenda cum d. l. 43. quando utraque est ex Ulpiani lib. 30. Ad Sabinum: ut ex Inscriptione intelligitur. Igitur ut hanc pertexamus telam, datur familiae erciscundae actio inter plures ejusdem hereditatis coheredes. plus dicam, posse etiam de pluribus hereditatibus, inter eosdem coheredes communibus, unum sumi familiae erciscundae iudicium l. 25. §. 3. 4. 5. h. t. sicut si plures inter eosdem sint societates: unum potest sufficere iudicium l. 57. §. 14. D. pro socio.

Sequens locus est, ad quid detur inter coheredes actio familiae erciscundae. non te differam diu. indicant hoc sequentia Edicti verba: *Arbitrum dabo: ut ejus arbitratus res hereditaria singulis adjudicentur: item, si quid damni datum factumve erit, sive quid eo nomine aberit alicui, aut ad eum pervenerit, ut id praestetur.* Haec verba duo continent: primum, ut res communes hereditariae inter singulos coheredes dividantur: deinde, ut si quod damnum lucrumve ad aliquem coheredem ex communione pervenerit, praestetur. Ulpianus l. 22. §. 4. h. t. sic exprimit: Familiae erciscundae iudicium ex duobus constat: id est, rebus atque praestationibus quae sunt personales actiones.

Sic apparet, esse verissime traditum a Justiniano in §. 20. *Inst. de actionibus*, actionem familiae erciscundae esse mixtam, partim in rem, partim in personam. In rem, quatenus illa agens dicit, eam hereditatem pro parte suam esse: perinde, ut in petitione hereditatis. solum interest, quod in illa jubet Iudex, partem restitui pro indiviso: in ista pro diviso l. 7. D. Si pars hered. petatur. Est igitur familiae erciscundae iudicium in rem actio: quia subnixum est jure in re. nec eo minus est in personam. Qui potest? nulla inter coheredes nota obligatione: animadverso, eos non ex conventionem in communionem venire sed in eam casu incidere, quemadmodum autem sine consensu contrahi videtur obligatio, & in personam actio nasci? Sed putemus, obligationem in proposito re induci sine conventionem. nam ut de communionem nullum inter coheredes intervenit negotium, deficiente consensu; si tamen communio sit in causa, ut aliquis ex ea sibi damnum lucrumve ferat: perinde nascitur inter coheredes obligatio quasi ex contractu, ac si aliquis contractus intervenisset, ita Imp. Justinianus §. 4. *Inst. de oblig. qua quasi ex contract. nasc.*

De singulis videamus, primum constat actio familiae erciscundae ex rebus d. l. 22. §. 4. h. t. sed quibus? universis quae sint ex hereditate. inde observandum Iudici, ut nihil omnino relinquat indivisum l. 25. §. 20. h. t. & fit hac actione, ut amplius, quam semel, nequeat; & si quaedam manserint indivisa: magis debeat communi dividendo iudicio, quam familiae erciscundae agi: quia post divisam hereditatem, jam non communis hereditatis, sed communis rei, dividendae agi convenit. plane aliquando saepius agitur hac actione, causa cognita l. 20. §. 4. h. t. fit hoc, si dolus intervenerit: quia enim est haec bonae

fidei actio; nullius momenti est divisio in qua apparet dolus malus. exemplum tale l. 8. C. de collationibus. igitur constat hoc iudicium rebus hereditariis. An & aliis? non opinor: ideoque, si quae res sit iudicata non pertinere ad hereditatem, non venit in hanc actionem l. 25. §. 8. h. t.

Idem dicendum, si res sit hereditaria, non tamen communis l. 9. C. Commun. utriusque iudic. Exemplum l. 54. D. h. t. Ex hereditate L. Titii, mihi & tibi communi, alienavi meam fundi partem. deinde acceptum est inter nos familiae erciscundae iudicium. an pars quae mea fuit, aut quae tua est, in hoc venit iudicium? Neratio neutrum videtur. primum negat, partem meam in iudicium venire: eo quod alienata desit esse hereditaria. deinde ait, nec tuam venire in hoc iudicium: quia haec, ut maneat in pristino jure, hereditariaque sit: alienatione partis meae de communione exiit. Sic Neratius: & addit, quod de uno dictum, etiam in pluribus obtinere. nam & si plures suas alienaverint partes: rationis esse; ne alienatae veniant in hoc iudicium: quia similiter desierunt esse communes. quod si qui suas partes non alienaverint, inter eos quin ea veniant in hoc iudicium, dubitari non oportet.

Superiori exemplo addam alia duo l. 25. §. 1. h. t. prius est; si miles duos instituerit heredes: unum bonorum castrensium, alterum ceterorum. quaeritur, an sit opus actione familiae erciscundae? negat Paulus: & recte. quia non est opus divisione patrimonii per Constitutiones jam a testatore divisi: certo militis privilegio; quod nuda ejus voluntas sufficit ad faciendam bonorum suorum divisionem l. 1. D. de testam. militis. Alterum exemplum est in nominibus: nam nec illa veniunt in actionem familiae erciscundae iudicium: quia Lege Duodecim Tabularum ipso jure sunt inter coheredes divisa in portiones hereditarias l. 6. C. h. t. Tamen, si legatum uni ex heredibus sit nomen; is heres id iudicio familiae erciscundae consequitur l. 4. h. t. item, si stipulationes interpositae fuerint, de divisione eorum, ut stetur ei, & ut alter alteri mander actiones, procuratoremque eum in rem suam faciat, stabitur divisioni l. 2. §. ult. h. t. Non minus ad officium Iudicis nonnumquam pertinet, ut debita & credita singulis pro solido aliis alia attribuat: quia saepe & solutio & exactio partium non minima incommoda habet. Nec tamen efficit haec attributio, ut quis solus totum debeat, vel totum alicui soli debeat: sed ut sive agendum sit, partim suo, partim procuratorio, nomine conveniatur. nam licet creditoribus libera maneat potestas cum singulis experiundi, tamen & his libera potestas est suo loco substituendi eos in quos onera actionis officio Iudicis translata sunt l. 3. h. t.

Ceterae res omnes, praeter nomina, veniunt in hoc iudicium d. l. 4. h. t. idque variis exemplis demonstratur l. 8. §. 1. & 2. item l. 9. l. 10. l. 11. l. 12. l. 13. l. 14. l. 15. & l. 16. h. t. An & mala medicamenta, & venena? sunt enim illa quoque hereditatis. igitur ait Ulpianus d. l. 4. §. 1. Mala medicamenta & venena venire quidem in iudicium: sed addit, quod Iudex omnino in his interponere se non debet. magis oportet eum fungi officio viri boni & innocentis: soliti res humanas juvare, non perdere: ut pluribus ostendi, lib. 3. Probabilium c. 2. Tantumdem facere eum debere, inquit Ulpianus d. l. 4. In libris improbatæ lectionis, magicis forte, vel his similibus: haec enim omnia

protinus

protinus corrumpenda esse. Quando potissimum Romæ cœperit mos improbandi libros & comburendi improbatos, est egregius locus apud Senecam Patrem in *Proœmio lib. 5. Controvers.* laudatus a Lipsio *ad Tacit. lib. 4. Annal. c. 35.* & legi dignus. De magicis porro libris quod ab Ulpiano positum est *d. l. 4.* testatur etiam Paulus *lib. 5. Sentent. tit. 23. §. 18.* At qui illi *his similes?* opinor, Sacræ literæ, ex Ulpiani ævo; de quo Lactantius *lib. 5. Divin. Inst. c. 11.* & clare sic Prudentius, *Peristephanon, Hymno 5. Vincentio Martyri.*

Saltem latentes paginas

Librosque opertos detege,

Quo secta pravum seminans

Iustis cremetur ignibus.

Hac crudelitate usi adversus Cristianos Ethnici, dum rerum potirentur; & mutata republica, idem adversus Ethnicos fecere Christiani; & adversus Hæreticos Orthodoxi: ut observatum a Charissimo meo Collega, A. Schultingio V. Cl. *Not. ad Paulum d. loc. pag. 511.* Postremo sic scribit Ulpianus *d. §. 1. l. 4.* Et si quid ex peculatu, vel ex sacrilegio acquisitum erit, vel vi aut latrocinio aut aggressura, hoc non dividetur.

Quid dicemus de tabulis testamenti? Ulpianus *d. l. 4. §. 3.* ait debere Judicem jubere, eas manere apud eum qui ex majore parte heres est, aut in æde deponi. nam & Labeonem scribere, vendita hereditate, tabulas testamenti descriptas deponi oportere; heredem enim exemplum debere dare; tabulas vero authenticas ipsum retinere, aut in æde deponi. Similiter, si quæ sunt cautiones hereditariæ: debet Judex curare, ut eæ apud eum maneat qui majore ex parte heres sit: cæteri descriptum & recognitum faciant, cautione interposita, ut cum res exegerit, ipsæ exhibeantur. si omnes iisdem ex partibus heredes sint, nec inter eos conveniat, apud quem potius esse debeant, sortiri eos oportet; aut ex consensu aut suffragio eligendus est amicus, apud quem deponantur, vel in æde sacra deponi debent *l. 5. h. t.* nam ad licitationem rem deducere, ut instrumenta hereditaria habeat hic qui licitatione vicerit, non placet *l. 6. h. t.*

Sed apparet, universas res hereditarias in hoc judicium venire inter coheredes officio Judicis dividendas, quomodo? si plures erunt: Arbitrarius in partes non scindet singulas; id enim non est dividere, sed perdere: ut apud Quintilianum, *lib. 6. Inst. orat. c. 3,* & Macrobius, *lib. 2. Saturn. c. 7,* Cascellius respondit mercatori; interroganti, quemadmodum cum socio divideret navem. atque ita est: divisurus res hereditarias Arbitrarius singulas non scindet in partes; sed integras adjudicabit: & si divisio tam difficilis sit, ut pene impossibilis videatur: potest totam condemnationem in unius personam conferre, & adjudicare omnes res *l. 55. h. t.* idem est, si una dumtaxat res sit dividenda: nam & hic eam, si patiat divisionem, dividet inter consortes: alioquin alteri rem addicet, alteri æstimationem *§. 4. Inst. de offic. jud.* Hanc autem ei licet per se, si potest, inire: tantum observet, ut universas æstimet res, non singulorum rerum partes *l. 52. §. ult. h. t.* Potest & licitatione, si hac uti malit, inter coheredes instituta, æstimationem facere *l. 22. §. 1. h. t.* Hæc; si in testamento pater nihil specialiter observari jusserit: alioquin ejus voluntatem sequetur Arbitrarius *l. 21. C. h. t.*

Noodt Operum Tomus II.

Satis de rebus, transeo ad personales præstationes. sunt autem triplices: aut enim consistunt ex utilitatibus perceptis, aut ex sumptibus factis, aut ex damnis datis, quod ad utilitates perceptas attinet; in his pono res communes, ad aliquem ex coheredibus profectas: tum earum fructus, & usuras; maxime, si eæ res adhuc sint communes? & necesse fuerit coheredi, eas percipere. quod, si divisæ ad coheredem perveniant; & unus studiosus coheredis, ei exigit hereditarium debitum; cum non teneretur exigere: cessat familiæ erciscundæ actio, & est locus actioni negotiorum gestorum: quasi amici, non coheredis, negotio utiliter gesto. itaque generaliter definitur, quidquid coheres accepit coheredum nomine, non aliter pertinere ad hoc judicium, quam si necesse habuit gerere propter communionem. idem putemus in sumptibus, a coherede factis in res communes hereditarias: nec tamen aliis, quam quos pro coherede fecerit necessitate: id est, ita, ut non posset eos sibi facere separatim. tunc enim quasi coheres fecit. cæterum, si volens eos fecit sine necessitate: tum fecit eos non quasi coheres, sed quasi amicus; ideoque eos non actione familiæ erciscundæ repetit, sed actione negotiorum gestorum. Exempla utriusque generis sunt complura *l. 25. §. 9. 10. 11. 12. 13. 14. §. 15. D. & l. 20. C. h. t.* ac secundum hæc explicanda *l. 18. §. 1. C. eod. tit.* præter alias magna diligentia, & pari doctrina tractata jam ab Arnoldo Vinnio, V. Cl. *lib. 1. Select. quest. c. 37.* Tantum addam, quod cum dico, etiam sumptus in hoc judicium venire; non excludo usuras ex mora præstandas *l. 18. §. 3. D. h. t.* nam sic in omnibus bonæ fidei judiciis observari, nimis notum est. Item monebo, oportere hos sumptus esse factos bona fide ex re coheredis sine vitio coheredis *l. 44. §. 5. h. t.*

Præstationibus personalibus postremo annumerantur damna a coherede communi hereditari data *§. 4. Inst. de offic. judicis*: modo si dederit quasi heres: & ideo si unus ex heredibus pecuniam, vivo testatore, sustulerit, in familiæ erciscundæ judicium ea non veniet: quia tunc nondum heres erat. ubi autem quasi heres fecit, etsi aliam præterea quis actionem habeat, tamen teneri eum familiæ erciscundæ judicio, Julianus scribit *l. 16. §. 4. h. t.* & est exemplum *§. 5. sequente.* Gajus vero *l. 17. eod. tit.* ait, commisso ab uno herede damno, conveniens esse dicere, simpli habendam in familiæ erciscundæ judicio esse æstimationem. Tenetur igitur coheres coheredi de damno injuria dato: nullo discrimine, utrum committendo dederit damnum, an omittendo: si dolus intervenierit, aut culpa *d. l. 16. §. 4.* sed quæ? lata & levis. an levissima quoque? possit quis putare: quia non contrahimus cum herede: sed incidimus in eum, ut in negotiorum gestorem quo de egi proprio Titulo. interest tamen: quod coheres habet gerendi causam, propter suam partem: negotiorum gestor non habet, gerens rem alienam. ita pertinet hæc res ad utriusque utilitatem; eoque debet coheres talem præstare diligentiam, qualem in suis rebus. Sicclare Ulpianus *d. l. 25. §. 16.* tantum notanda in his ejus verbis, *Non tamen diligentiam præstare debet, qualem diligens paterfamilias,* est mutatio gradus: positivo, *diligens*, posito pro *diligentissimo*, id est, superlativo: ut in similibus sæpe fieri, notum est omnibus.

R 2

Antequam

Antequam hinc discedam, non inutiliter subji-
ciam sequentia Pauli verba ex *l. 27. h. t. In hoc ju-
dicio condemnationes & absolutiones in omnium per-
sona faciendae sunt: & ideo si in alicujus persona omissa
sit damnatio: in ceterorum quoque persona quod fecit
iudex, non valebit: quia non potest ex uno iudicio res
judicata in partem valere, in partem non valere. Si
quis me roget, quo hæc spectent verba: non sua-
deam, ea referri ad divisionem rerum heredita-
riarum; non enim huc pertinent; sed ad præsta-
tiones personales: in quibus obtinent præsertim
condemnationes & absolutiones. finge, alium
ex coheredibus impensas fecisse; alium contra
damnum dedisse, aut emolumenta percepisse:
suum quemque exigere mutuis petitionibus, ait
Paulus, oportere Judicem de omnibus pronun-
ciare condemnando, absolvendoque una senten-
tia. quod si contra fecit, non valere sententiam:
& pro ratione addit, quod non potest ex uno iudi-
cio res judicata valere in partem; in partem non
valere. non ita in rebus hereditariis. quamquam
etiam nec circa has Iudex debet quidquam indivi-
sum relinquere, cum utique omnes veniant in hoc
iudicium: si tamen quid indivisum manserit, non*

idcirco nulla est sententia: sed res indivisa facit ju-
dicio communi dividundo locum. & est ratio dif-
ferentiae; quod res singulae neque coherent inter
se; neque specialiter dividendae veniunt in actio-
nem familiarum eriscundae: ut in eam specialiter de-
ducuntur præstationes personales; ipsaeque inter
se coherent mutua petitione. igitur non est plena
sententia, si de quibusdam præstationibus judi-
cavit Iudex; de quibusdam non, sed est plena
adjudicatio rerum; si quasdam generaliter in ju-
dicio deductas divisit adjudicavitque: aliis indivi-
sis relictis.

Exposui Edictum: eoque quemadmodum divi-
denda inter coheredes adjudicationibus sit fami-
lia. Restat effectus adjudicationis a Iudice factae.
est autem ille: quod per eam ipso jure statim tran-
sit dominium *§. ult. Inst. de offic. judic.* cum a-
liquin id per Iudicis sententiam non contingat:
ut alibi monui. alter effectus est: quod Prætor ad-
judicationes tueretur actionibus & exceptionibus
datis *l. 44. §. 1. D. h. t.* ea vero de re an aliquid
edixerit Prætor, non ausim dicere. certe nullum
extat ejus vestigium.

TITULUS III.

Communi dividundo.

DE actione communi dividundo nulla extant
Prætoris verba. fuisse tamen, probabile est
ex Gaji, Ulpiani, & Pauli, Fragmentis sub hoc
Titulo. Confinxi ego id in hunc modum. *Com-
muni dividundo si agatur inter eos quibus res commu-
nes esse dicentur; arbitrium dabo: cujus arbitrata res
communes dividantur: item, si quid in his damni
datum factumve erit, siue quid eo nomine alicui a-
berit, aut ad eum pervenerit, ut id præstetur.* Pri-
ma Edicti verba mutuatus sum ex Rubrica quæ
est. *Communi dividundo.* Cæteris verbis argu-
mento est *l. 1. 2. 3. l. 4. §. 3. h. t. §. 3. Inst. de
oblig. quæ quasi ex contract. §. 5. Inst. de offic. judic.
& §. 20. Inst. de action. nec minus Isidorus,
lib. 5. Origin. c. 23. p. 931.* Verba Isidori: *Com-
munis divisio est inter eos quibus communis res est:
quæ actio jubet postulantibus iis arbitrium dari: cu-
jus arbitrata res dividantur.* Restitui Edictum.
quæ ejus ratio? de ea sic Paulus *l. 1. h. t. Com-
muni dividundo iudicium ideo necessarium fuit,
quod pro socio actio magis ad personales invicem
præstationes pertinet, quam ad communium re-
rum divisionem. denique cessat communi divi-
dundo iudicium, si res communis non sit.* Quan-
do & inter quos hæc obtineat actio, prima indi-
cant Edicti verba, *Communi dividundo si agatur in-
ter eos quibus res communes esse dicentur.* Hæc verba,
Inter eos, evincunt, iudicium communi dividun-
do esse duplex, sicut familiarum eriscundæ, & fini-
tum regundorum, actiones eodem modo inter co-
heredes & inter, adfines, propositæ *§. 1. l. 2. h. t.*
obtinere igitur hæc actio inter eos, quibus res com-
munes esse dicentur: & quia simpliciter Prætor lo-
quitur; placet, eam dari, etsi non omnes eam
petant *l. 8. h. t.* imo Pomponius apud Paulum
l. 29. §. 1. h. t. scripsit, *Posci iudicium posse a quo-
libet sociorum:* & addit, *Sed etiam si unus ex sociis
mutus erit, recte cum eo communi dividundo agi.* Flo-
rentinæ editur, *mutus.* eodem modo legunt Græci
in *Basilic. lib. 12. tit. 2.* sed pro, *mutus,* apud
Accursium est, *invitus,* Russardo placet, præferre
Florentinam lectionem, *mutus:* ut is quasi ex con-

tractu teneatur, exemplo pupilli & furiosi *l. 46.
D. de oblig. & act.* Non male, etsi potest & *invitus*
valere, ut in *l. 43. D. Famil. erisc.* Singulare
jus est in vestibulo communi duarum ædium: inter-
cedente adversus divisionem necessitate, quam ob-
servat Paulus *l. 19. §. 1. h. t.* his verbis. *De vesti-
bulo communi binarum ædium arbitrum communi divi-
dundo invito utrolibet dari non debet: quia qui de vesti-
bulo liceri cogitur, necesse habet interdum totarum
ædium pretium facere, si alias aditum non habet.*

Deinde ait Prætor, *Quibus res communes esse di-
centur.* Cum ait, *Res,* intelligit corporales tan-
tum; non etiam hereditatem. Actor Ulpianus
l. 4. h. t. Per hoc iudicium, inquit, *corporaliarum
rerum fit divisio, quarum rerum dominium habemus,
non etiam hereditatis.* Veniunt igitur in hoc iudi-
cium res singulares; nam hæc sunt corporales. he-
reditatis divisio non venit; etsi rerum heredita-
riarum divisio hac actione fiat, ante facta heredi-
tatis divisione. nam hereditas universitatem signi-
ficat: quæ semel divisa, definit esse universitas;
nec deinde amplius dividitur. ita potest familiarum
eriscundæ iudicium semel intendi, sæpius non
potest: & si quid indivisum mansit; debet intendi
communi dividundo iudicium. eoque toties age-
re licet, quoties res communis petitur dividi,
modo hæc, modo alia. hoc voluit Ulpianus *d. l. 4.
pr. & §. 2.* & est in his confusio: imprudenter in-
fartito *§. 1.* & hac clausula *d. §. 2. Hoc iudici-
um bona fidei est.* non enim coherent bene inter-
media. Est tamen hæc confusio ab ipso Ulpiano:
nec debet tolli, nisi intellectu. quare sic accipien-
da res, ac si scripsisset Ulpianus: *Per hoc iudi-
cium fit divisio rerum corporaliarum, quarum re-
rum dominium habemus: non etiam heredi-
tatis. usque adeo; ut hac divisa, si una res sit
indivisa relictæ; valeat nihilominus cæterarum
divisio: & de ea quæ indivisa mansit, debeat
jam agi actione communi dividundo.* Frequen-
tes sunt huiusmodi confusiones in scriptis Ve-
terum. Observavi duas *lib. 2. Observ. c. 26.*
item aliam supra in *l. ult. D. de alienat. judic.*
mut.

mut. caus. fact. & alibi alias. Verum revertor ad *l. 4. h. t.* Dictum ibi, quod per hoc iudicium sit divisioretum corporalium. Inde de puteo quæritur in §. 1. & Ulpianus, Melam sequutus, ait, vel de eo agi posse: etsi non semper; sed si solum commune sit. quid, si unus habeat putei proprietatem; alter aquæ haustum ex puteo? non est commune solum: nec communio juris. non enim habeo aquæ haustum in puteo meo? non habens rei meæ servitutem. nihil igitur est inter nos commune, & ideo cessat actio communi dividundo. Si tamen aquæ ductus, a fundo separatus, ut fieri potest, plurium communis sit; placuit, etiam eum in utile communi dividundo iudicium venire; ut mensura, aut tempore dividatur *l. 19. §. 2. h. t.* idque etiam in usufructu qui æque incorporalis est, observatur *l. 7. §. 10. h. t.*

Sed, ut apparet, competit actio communi dividundo, si res communes sint. nec distinguit Prætor, quomodo sint communes: utrum cum societate, an sine societate. utroque igitur casu locus est actioni communi dividundo *l. 1. h. t.* Cum societate res communis est: veluti inter eos qui pariter eandem rem emerunt: sine societate communis est, veluti inter eos quibus eadem res testamento legata est *l. 2. h. t.*

Datur igitur communi dividundo actio inter eos quibus res communes sunt. tales vero esse dominos rerum communium, optime observat Ulpianus *l. 4. h. t.* nam hi possunt rem communem pro parte vindicare. id vero est, communi dividundo agere: cum ea actione quisque rem communem pro parte suam esse dicat; utrum autem habeat dominium jure civili; an jus aliquod domini proximum, nihil refert: quid ni enim agat actione communi dividundo, qui non sit dominus jure civili: cum dominus habeatur jure Prætorio; & utilem exerceat communi dividundo actionem, ut non habeat directam jure civili? Eo sensu dixit Ulpianus *l. 7. h. t.* Communi dividundo iudicium locum habere & in vectigali agro.

Similiter possunt qui Publicianam in rem actionem habent, communi dividundo iudicium ex-

exercere *d. l. 7. §. 2.* quia jure Prætorio quasi domini habentur. §. 4. *Inst. de action.* Præterea ait Ulpianus *d. l. 7. §. 6.* si duo rem pignori acceperint: æquissimum esse, his dari utile communi dividundo iudicium. idemque esse; si de usufructu sit inter duos controversia §. 7. *d. l. 7.* nempe habet uterque, & creditor pignoratitius, & fructuarius, jus in re; ac, propter illud, in rem actionem. Aliqua fuerit forte difficultas in §. 8. si duo sint a Præторе missi in possessionem legatorum. sed Ulpianus ait, esse justam causam custodiæ gratia. ergo & si duo ventres: idem fore dicendum, & habere rationem. plane, si damni infecti iussus sit possidere: non erit, inquit, huic utili iudicio locus: cum vindicationem habere possit §. 9. *d. l. 7.*

Obtinet igitur actio communi dividundo plerumque, ubi rei vindicatio locum habet. imo (quod observat Ulpianus *d. l. 7. §. 3.*) cessat quidem illa ex quibusdam causis, sed tamen si sit justa possidendi causa, competit utile communi dividundo iudicium: ut puta, si res possideatur ex causa indebiti soluti.

Vix opus admoneri, iudicium communi dividundo locum non habere inter prædones; nec si precario possident; nec si clam: quia injusta est possessio ista; illa quidem justa, sed non pergit ad iudicii vigorem *d. l. 7. §. 4.* Ea ratione neque colonis, neque eis qui depositum susceperunt, hoc iudicium competit, quamvis naturaliter possident *d. l. 7. §. 11.*

Porro ait Prætor, *Arbitrum dabo: cujus arbitratu res communes singulis pro parte adjudicentur: item, si quid in his damni datum factumve erit, siue quid eo nomine alicui aberit, aut ad eum pervenerit, ut id præstetur.* Ex hac clausula intelligitur, hanc actionem, perinde ut superiores, ex duobus consistere: primum ex rebus, deinde ex præstationibus personalibus *l. 4. §. 3. h. t.* ultra nihil in hanc actionem venit *l. 3. h. t.* cætera eadem sunt quæ in familiæ erciscundæ iudicio tractavimus *l. 6. §. 11. h. t.* Si quid ipsi sine dolo malo inter se pepigerint, id in primis & familiæ erciscundæ & communi dividundo servare Judex debet. *d. l. 3. §. 1.*

TITULUS IV.

Ad exhibendum.

Actionibus plerisque in rem, item noxalibus quæ sunt in personam, sed in rem scriptæ, & mixtis tam in rem quam in personam de quibus actum est hætenus, subicitur actio ad exhibendum, & ipsa in personam, simul in rem scripta, eoque actiones in rem in aliquibus imitans. præterea non principalis actio, sed alterius actionis, vindicationis, verbi gratia, præparatoria. Forma Edicti quo proposita ea actio fuit, me auctore, sic confingenda. *Ad exhibendum si agatur ab eo qui rem iudicio petiturus est, ob id quod sua inter sit; neque ea res arbitro iudicis ei exhibeatur: adversus eum qui eam possidere dicetur, quanti ea res erit, iudicium dabo.* Utilitatem Edicti commendaturus more suo Ulpianus in *l. 1. h. t.* sic scribit: *Hæc actio perquam necessaria est, & vis ejus in usu cotidiano est, & propter vindicationes inducta est.* Et in *l. 2.* mox ex Paulo illustrandi Ulpiani gratia subicitur: *Exhibere est, facere in publico potestatem, ut ei qui agat, experiundi sit copia.* Sensus conjuncti utriusque loci huc redit: quod usus hujus actionis qui est insignis

& quotidianus, fere in eo consistit; ut qui non potest agere re non exhibita, cum ejus interest agere, rei exhibitione accipiat experiundi facultatem. id multis modis contingere, attingam paulo post. hoc loco suffecerit, intelligi, illam actionem esse tantum alterius præparatoriam; ideoque principali deficiente, quia jam non interest agi, nec accessoriæ usum esse: supervacua præparatione ejus quæ sequutura non sit.

Exposui Edicti utilitatem. porro disputa- bo de nomine & proprietate actionis eo propositæ. ipsa in Rubrica & passim sub hoc Titulo vocatur ad exhibendum: petito Rubricæ & actionis nomine a primis Edicti verbis. Esse vero personalem, auctor est Ulpianus *l. 3. §. 3. h. t.* animadverso, niti non dominio, aut jure in re: unde in rem actio nascitur; sed obligatione quasi ex contractu: quam æquitas, cum Disputatione Fori, tum Edicto Prætoris, induxit. hanc opinionem juvat hoc Ulpiani *d. l. 3. §. 1.* *Qui ad exhibendum agit,*

agit, non utique dominum se dicit, nec debet ostendere; cum multa sint causa ad exhibendum agendi. Accedit illud §. 9. d. l. Judex igitur summam debet cognoscere, an ejus intersit, non an ejus res sit, & sic jubere vel exhiberi, vel non, quia nihil intersit. Ulpiani sentus; quod actor, quia hac actione non agit, ut res ejus declaratur; ideo non habet opus, dicere, se dominum esse. contra sunt multae aliae causae, praeter dominium, propter quas possit ejus interesse, sibi rem de qua acturus sit, exhiberi. intendit igitur hac actione, reum oportere rem exhibere, id est, oportere facere: & si non exhibeat, sive non faciat, actori praestare quod ejus intersit, rem exhibitam esse. Hoc esse proprium actionis in personam, tam res loquitur, quam Justinianus attestatur §. 1. Inst. de actionibus. Nec tamen inficiet, hanc actionem in aliquibus habere imaginem actionum in rem. at non idcirco fit actio in rem. potius dixerim, non desinere propterea esse in personam; tantum eo effici, eam non in omnibus finiri terminis actionum in personam; sed in quibusdam eos egredi.

Demonstrato, personalem esse ad exhibendum actionem: age nunc reliquam ejus formam explicemus: & primum quidem, quid agat: deinde, cui competat, & adversus quem: & postremo, in quo versetur Judicis officium. Quod ad primum attinet: omnis ejus vis spectat ad exhibitionem rei, deinde in principali judicio petenda. idcirco ad exhibendum vocatur a primis Edicti verbis. Ea verba fuere: *Ad exhibendum si agatur ab eo qui rem judicio petiturus est.* Est autem exhibere, ut ex Paulo l. 2. dictum, *facere in publico potestatem, ut ei, qui agat, experiri sit copia.* In publico vero significat, palam. Plenius Ulpianus l. 3. §. 8. D. de hom. lib. exhib. ait, Exhibere esse, in publicum producere, & videndi tangendique hominis facultatem praebere: proprie autem exhibere esse, extra secretum habere.

Rei autem appellatione Praetor designat rem corporalem, non omnem, sed mobilem & certam. Id consequens est exhibendi verbo. sola enim potest res corporalis ac certa tangi ac videri. solam praeterea rem mobilem in publicum produci extraque secretum haberi, ratio patitur. rem immobilem, ut domum aut fundum, exhiberi nihil attinet; cum se ipsa exhibeat ultro: itaque ubi fit mentio actionis ad exhibendum, fere est sermo de re mobili l. 56. D. de procuratorib. ut de servo l. 3. §. 6. D. h. t. gemma, sigillo l. 6. h. t. rota vehiculo aptata l. 7. §. 1. de tabulis testamenti vel codicillis ab herede petendis d. l. 3. §. 8. de stercore in aream meam congesto l. 5. §. 3. de rate in alterius agrum delatavi fluminis d. l. 5. §. 4. si ex uvis meis mustum fecerit quis, vel ex olivis oleum, vel ex lana vestimenta l. 11. §. 3. & similibus.

Hoc non omitam; (convenit enim rei corporali ac certae, soli in hanc actionem, inque rei vindicationem, venienti) quod, quisquis in rem agit, auctore Ulpiano in l. 6. D. de rei vindicatione, eam bene designare debet. eodemque modo in l. 3. D. h. t. monstrante Florentino exemplari, idem scribit Ulpianus: *In hac actione actor omnia nosse debet, & dicere argumenta rei de qua agitur.* In memoria quidem habeo, pro dicere in Margine apud Haloandrum, Hugonem a Porta, Juntas, nec non apud Johannem Cruceum Picardum in Annot. ad d. l. 3. reperiri, *discere*: eamque lectionem Viro Clarissimo, C. Van

Bynkershoek, Senatori, in Praefatione ad libros 14. Observationum adeo placere: ut de ea non esse dubitandum, sibi aliisque omni modo persuadeat. Sed mihi videntur pugnantia, actorem in hac actione oportere ultro ex se nosse omnia rei qua de agitur argumenta; & interim debere a reo discere omnia. quid, si ne jus quidem ferat, reum teneri, actori omnia suppeditare argumenta rei de qua agitur? Esse tamen hanc consequentia superiori correctioni, nimis liquet. Ignoscat igitur mihi Doctissimus Senator; malenti, in d. l. 3. retinere verbum, *dicere*, quod est Florentiae. Id valet idem quod edere, sive (ut Ulpianus in d. l. 6. loquitur) designare: denique vult, In hac actione actorem debere omnia nosse & edere, sive designare, argumenta rei de qua agitur. videlicet, ut reus, etiam ut Judex, intelligat, quid actori exhiberi debeat. Sic vides sentum Ulpiani sine emendatione sane bonum: eoque indicari simul usum juris, usque adeo veri & explorati: ut ipse Ulpianus de cujus scriptura lis est, in d. l. 3. §. 7. hic speciale quid observet in actione noxali: nam in hac (& est valde notandum) ambigi, si domino servum defendere parato, actor destinare nequeat, nisi ex praesentibus, quia aut servum non recognoscit, aut nomen non tenet; an exhibenda illi sit familia: eum in finem, ut noxium servum agnoscat, id est, ut omnia discat argumenta rei qua de agitur, putat autem, hoc esse æquum, & ex causa fieri oportere ad designandum eum cujus nomine quis agit, recensionem servorum facta. Sit igitur ex Ulpiani sententia in d. l. 3. §. 7. l. 3. (cui addo l. 3. §. 2. D. de publicanis) hoc plane singulare in noxali actione; & in hac, ut ille ait, non simpliciter, nec semper, sed tantum ex causa, id est, causa cognita, indulgendum. Alias est verissimum, (quod in d. l. 3. dicitur) *In hac actione actorem omnia nosse debere & dicere argumenta rei de qua agitur*: perinde ut in rei vindicatione: utraque actione pari hac in parte: cum in neutram alia deducatur res, quam corporalis & certa. ideoque ut a reo & Judice intelligatur, bene designanda.

Sequens tractatus erit, cui comperat ad exhibendum actio. Non longe petam designatum Praetoris verbis: *Ad exhibendum si agatur ab eo qui rem judicio petiturus est, ob id quod sua intersit.* Praetor hanc actionem dat ei, qui rem quam judicio petiturus sit, sibi exhiberi postulet: eo quod ejus intersit, eam sibi exhiberi. Praet. Neratius: eleganter definiens ex sententia Ulpiani d. l. 3. §. 11. *Judicem ad exhibendum hactenus cognoscere, an justam & probabilem causam habeat actionis propter quam exhiberi sibi desideret.* Dicamus igitur, acturo hac actione duo esse probanda: primum, sua interesse, rem quam judicio petiturus est, sibi exhiberi: deinde interesse sua id fieri propter actionem quam jam habeat, aut speret habere, re exhibita. si alterum desit; cessat ad exhibendum actio. de utroque videamus. primum ait Ulpianus d. l. 3. §. 9. actorem probare oportere, sua interesse, rem quam judicio petiturus sit, sibi exhiberi: de eoque Judicem summam cognoscere. Interesse porro ejus, Gajus l. 13. h. t. exponit, si ejus intersit peculiariter. Sic Florentiae extat, In vulgato Accursii exemplari est, *pecuniariter*: ut in l. ult. D. de privat. delict. forte melius. Ecce: quod est thema d. l. 13. aliquis hominem liberum detinet pro servo. alius postulat, eum exhiberi. an ei utilis sit ad exhibendum actio? Gajus ait, eum quidem habere

habere interdictum de libero homine exhibendo: (nempe, si dolo malo detineatur, nec ei moveatur controversia de libertate *l. 3. §. 7. D. de hom. lib. exhib.*) sed actionem ad exhibendum illi esse inutilem; eo quod hæc creditur competere ei cuius pecuniariter interest, ne autem homo liber servitute prematur; interest quidem hominis ex iusta affectione tuenda libertatis: sed non interest ejus pecuniariter; quia libertas non est res privata, sed publica *l. 53. D. de fideicom. libert.* At enim Paulus *l. 12. D. h. t. De eo*, inquit, *exhibendo quem quis in libertatem vindicare velit, huic actioni locus esse potest.* Sed retinenda Pauli verba, non ait, semper atque indistincte esse huic actioni locum; si quis velit, liberum exhiberi hominem quem sit vindicaturus in libertatem: sed ei posse locum esse, quid ni enim petat quis, hominem liberum quem velit vindicare in libertatem, sibi exhiberi; si quando possit ejus pecuniariter interesse propter eam actionem? fuerit talis casus: (quem observat Accursius) si patronus libertum suum qui ab alio possidetur tamquam servus, velit vindicare in libertatem, interest enim ejus pecuniariter, propter obsequia, operas, & munus, jure igitur agat hic ad exhibendum, et si alias non posset agere.

Oportet igitur acturum ad exhibendum, probare, sua interesse, rem exhiberi sibi: sed sua interesse, propter actionem quam habeat, aut speret habere, re exhibita. Estque id vel eo notandum, quod sic intelligitur, hanc actionem non esse principalem actionem; sed esse alterius actionis preparatoriam; ideoque non dari alii, quam qui potest ostendere, sua interesse, rem propterea sibi exhiberi: quod sit acturus alia actione quam demum possit instituere, re exhibita. Atque hoc indigitat Ulpianus *l. 1. h. t.* dicens; quod hæc actio maxime inducta est propter vindicationes, proinde si non ostendatur vindicatio, verbi gratia: an est opus actione ad exhibendum, tantum ad præparandam aliam actionem pertinente? contra recte ait Ulpianus *d. l. 3. §. 3.* quod hæc actio ei competit, qui in rem acturus est qualicumque in rem actione: etiam pignoratitia Serviana, sive hypothecaria, idemque in *§. 4.* dicit de actione confessoria qua vindicetur usufructus, puta rei mobilis. Sed hæc actio, ut Ulpianus *d. l. 3. §. 1.* ait, non stat intra præparationem actionum in rem, ut necesse sit hac acturo, utique dicere, se dominum esse: sed sunt & aliæ multæ causæ ad exhibendum agendi; et si actoris res non sit; modo ejus inter sit *d. l. 3. §. 9.* propter personalem actionem. Ex eo genere est noxalis actio: de qua sic scribit Ulpianus *d. l. 3. §. 7.* Si quis noxali iudicio experiri velit, ad exhibendum ei actio necessaria est, quid enim si dominus quidem paratus sit defendere, actor vero destinare non possit, nisi ex præsentibus, quia aut servum non recognoscit, aut nomen non tenet: nonne æquum est, ei familiam exhibere, ut noxium servum agnoscat? & ait Ulpianus, quod ex causa debet fieri ad designandum eum cuius nomine noxali quis agit, recensitione servorum facta. Simile exemplum est in interdictis *d. l. 3. §. 5.* ut de glande legenda *l. 9. §. 1. D. h. t.* & similibus. Aliud exemplum est in criminibus: de quibus sic Ulpianus *l. ult. D. h. t.* quæ est *ex lib. 2. Regularum: Questionis habenda causa ad exhibendum agitur ex delictis servorum ad vindicandos conscios suos.*

Satis dixi, quid juris sit; si quis acturus ad ex-

hibendum ostendat, sua interesse rem exhiberi, propter actionem quam jam habet paratam. Adhuc dicendum idem esse; si eam non habeat quidem; sed speret, habere, re exhibita. Tale exemplum Ulpiano *d. l. 3. §. 6. h. t.* est, legata optione, fac: relicta mihi est optio servi, vel cuius alterius rei; volo optare; id est, eligere, non possum, non exhibita testatoris familia, an possum agere ad exhibendum? ait Ulpianus, me agere posse, & hoc constare. Atqui vindicationem, antequam optavi, nullam habeo, ita interest mea, familiam mihi exhiberi, tamen non interest mea, propter vindicationem quam non habeo. Sed putat Ulpianus, mihi sufficere spem, fore; ut exhibita familia vindicare possim. Plus ait Ulpianus *§. 10. d. l. 3.* si legata mihi ex pluribus sit res una quam optaverit Titius: non est mea, antequam optavit Titius: sed futura erit mea, optione a Titio facta, igitur sicut interest mea, a Titio optari, & exhiberi ei; ita æquum est, eo nomine mihi hanc actionem dari. Superiori exemplo affine est sequens apud Paulum *l. 6. h. t.* proponitur ibi gemma inclusa annulo, aut sigillum candelabro, non potest gemma vindicari ab eo cuius fuit ante, quam annulo inclusa esset, quia non est dominus gemmæ annulo inhaerentis, contra gemma est pars annuli, eoque domini annuli jure accessio nis. rei autem vindicatio datur quidem domino adversus possessorem qui non sit dominus; sed non domino adversus dominum non datur, interest igitur ejus cuius gemma fuit, eam exhiberi. Nec obstat, quod ei nulla gemmæ est vindicatio, actione ad exhibendum præparanda. Nam hæc erit; domino gemmæ ejus ab annulo separatione ad antiquum dominum reversuro, quod sufficere, putat Paulus. Similia adfert Ulpianus *l. 7. §. 1. & 2. h. t.* sed non egent explicatione. solum monebo, quod in tigno ædibus juncto non idem censet Paulus *d. l. 6.* imo negat, ad exhibendum de eo agi: propter Legem Duodecim Tabularum; quæ vetuit, tignum alienum ædibus junctum solvi: sed voluit agi actione de tigno juncto in duplum: de quo ut & cæteris disputavi plenius supra sub Titulo, *De rei vindicatione.*

Apparet igitur, quod initio dixi, hanc actionem competere demum ei cuius pecuniariter interest, rem sibi exhiberi, propter justam & probabilem causam actionis quam aut paratam habeat, aut speret re exhibita habere. Non minus vere observavi, eam cessare, altero deficiente. Intererit, & hoc exemplo demonstrasse. In *d. l. 3. §. 11.* occurrit tale apud Ulpianum: Fur, aut prædo, verbi gratia, postquam desit possidere rem quam furto aut rapina abstulit, ab eo cui abstulit, conventus actione ad exhibendum, eadem actione repetit eum ad quem ea pervenit, an potest? certe interest ejus, rem sibi exhiberi: quia ipse domino tenetur exhibere & restituere, actio autem ad exhibendum datur ei cuius interest. Sed id nequaquam verum esse, Ulpianus ait: & causatur; quod non sufficit, actoris interesse: sed oportet ejus interesse propter justam & probabilem rationem: ex qua competat ei aut interdictum aut actio, rei vindicatio, verbi gratia, at in proposito fur neque interdicturus, neque vindicaturus est, non igitur danda ei est ad exhibendum actio, quamvis inter sit ejus: non patiente civili aut naturali ratione tuendæ humanæ societatis, aliquem de improbitate sua facere lucrum. *l. 12. §. 1. D. de furtis.* Pulchrum fuit superius exemplum: sed æque pulchrum

erit sequens. ex l. 19. D. h. t. aliquis putat, sibi deberi aliquid, & hoc posse liquere ex adversarii rationibus. idcirco petit, has ab eo sibi exhiberi. an jure, quæritur? Non est dubium; quin inter sit ejus, eas exhiberi; nec magis dubium, quin liceat ad exhibendum agere omnibus, quorum interest. Paulus tamen negat, eum habere hanc actionem: quia, ut in antecessum dictum, non oportet qualiter qualiter interesse actoris; sed oportet ejus interesse, propter sequuturam rationum vindicationem, his exhibitis: quod in proposito non est: quia rationes non sunt ejus. Paulus id illustrat exemplo: dicens, aliter existimantibus, etiam studiosum alicujus doctrinæ posse dicere, sua interesse, illos aut illos libros sibi exhiberi: quia exhibitis, lectisque, doctior & melior futurus esset. sed hoc, inquit Paulus, est calumniari, & captare Edicti verba: quod non decet jus civile. Prætori enim, cum vult interesse actoris, ut hanc impetret actionem, non sufficit, ejus qualiter qualiter interesse: sed ejus pecuniariter interesse, & quidem ob justam & probabilem causam actionis, quam aut jam habeat, aut speret habere, re exhibita.

Est tamen casus in quo Ulpianus refert, receptum esse, sed benigne: ut cessante actione directa ad exhibendum, detur in factum, id est, utilis. is casus in d. l. 3. §. 14. h. t. est hujusmodi: Uxor mea servus meas rationes conscripsit. hæ rationes a te possidentur. delidero, eas exhiberi. an possim agere ad exhibendum? ait Ulpianus, si mea est charta, in qua scriptæ sint rationes, esse huic actioni locum, evidente ratione: quod interest mea pecuniariter, chartam scriptam mihi exhiberi, & exhibitam, a mi vindicari. at si charta non est mea; ne scriptum quidem meum est. inter sit igitur mea pecuniariter, mihi chartam scriptam exhiberi: quia tamen exhibitam non potero vindicare; ait Ulpianus, cessare ad exhibendum actionem: cum mea non inter sit propter actionem. Hoc servantibus Edicti verba: sed Ulpianus, Juliani auctoritate motus, ait, effici æquitate exhibitionis, ist est, mente Edicti de ea propositi: ut quamvis nequeat actione directa ad exhibendum agi; nihilominus actio in factum, id est, utilis, mihi competat. pendet vero hæc æquitas ab eo; quod charta quidem, in qua est scriptum, non est mea, sed est interim in ea scriptum meo nomine: & ut casus talis non contineatur Edicti verbis; non idcirco Edicti mente excluditur. ita nec debet carere utili actione; licet non habeat directam.

Possit huic parti satisfactum videri, nisi adjuvandus adhuc esset Paulus in verbis sequentibus l. 12. §. 3. h. t. Si quis ex uvis meis mustum fecerit, vel ex olivis oleum, vel ex lana vestimenta, cum sciret hæc aliena esse: utriusque nomine ad exhibendum tenetur: quia quod ex re nostra sit, nostrum esse verius est. Tu ex meis uvis fecisti mustum, aut ex meis olivis oleum, aut ex mea lana vestimenta, utri competit ad exhibendum actio: mihi qui materię dominus fui, an tibi qui fecisti mustum, oleum, aut vestimenta? dubitatio vertitur: utrius sit nova species. nemo ignorat, de ea fuisse litem inter Proculianos & Sabinianos; his materiam, illis formam, præferentibus: sed obtinuisse mediam sententiam distinguentium; utrum nova species possit reduci ad veterem & rudem materiam; an non possit: & priore casu Sabini, posteriore Proculi, sententiam approbantium. Hoc ap-

paret ex Gajo l. 7. §. 7. D. de adq. rer. dom. nec minus ex Paulo nostro l. 24. §. 26. D. eod. tit. Sic ultro sequitur, quid idem intenderit Paulus d. l. 12. §. 3. voluit nimirum, vale, verbi gratia, facto ex aliena argenti massa, eum cujus argentum fuit, esse vasis dominum: quia vas potest confari, & ad veterem & rudem argenti massam reduci: ea igitur ratione illi competere tam actionem ad exhibendum, quam rei vindicationem: at non ita esse; si quis ex uvis meis mustum, ex olivis meis oleum, ex lana mea vestimentum, fecerit. nam uvæ esse deliere, facto musto, & olivæ facto oleo; nec deinde aut uvæ aut olivæ restitui possunt. similiter lana vestimento facto, non est lana, sed laneum corpus: ut egregie Paulus d. l. 24. §. 26. Erit igitur in his actio ad exhibendum ejus qui speciem fecit: sicut vindicatio est ejus: modo speciem fecerit suo nomine d. l. 7. §. 7. eoque etiam bona fide: ignorans, alienam esse materiam ex qua speciem fecit. Hoc sedit Paulo d. l. 12. §. 3. atque evidenter. nam si speciem fecit, cum sciret, hæc aliena esse: ait Paulus, speciei dominum esse qui materię, id est, uvarum, olivarum, aut lanæ dominus fuit: qui vero speciem fecit, hunc non esse ejus dominum: quia intelligitur eam fecisse alieno nomine; ideoque domino uvarum, olivarum, & lanæ, id est, materię, ex qua factum est mustum, oleum, aut vestimentum, ad hæc exhibenda teneri; sicut ei, post exhibitionem, tenebitur rei vindicatione. cum certe de improbitate sua lucrum facere, & accipere actionem quam non habuit, non oportet.

Concludamus igitur & dicamus, oportere eum qui ad exhibendum sit acturus, dicere, sua propter actionem qua deinde acturus sit, pecuniariter interesse, rem sibi exhiberi. at quo tempore? Ulpianus l. 7. §. ult. h. t. Pomponium secutus, ait oportere ejus utroque tempore interfuisse, rem ei restitui: hoc est, & quo lis contestatur, & quo sit condemnatio. & ita Labeoni placere.

Ultra modum videar diligens: si sustineam adhuc admonere, oportere Judicem cognoscere, an actoris inter sit. id enim, cum facti sit, scire qui potest, nisi cognoscat prius. Sed absolvit me ab ineptia Ulpianus l. 3. §. 9. h. t. observans, Judicem æque debere hic atque alibi cognoscere, antequam jubeat aut veter fieri: enimvero in præsentium summariam sufficere cognitionem: plena principali judicio reservata. Igitur non intercedit §. 13. quo minus debeat Judex, per arbitrium sibi ex hac actione commissum, etiam exceptiones æstimare, quas possessor objicit: & si qua tam evidens sit, ut agentem facile repellat, debere possessorem absolvi: si obscurior, vel quæ habeat altiore quæstionem, differendam in directum judicium re exhiberi iussu. imo ait Ulpianus, de quibusdam exceptionibus omnimodo ipsum debere disceptare, qui ad exhibendum actione judicat: veluti pacti conventi, doli mali, jurisjurandi, rei quæ judicata est.

Postquam dix, cui competat ad exhibendum actio; postulat ordo tractari, adversus quem detur. Huc pertinent sequentia Edicti verba quæ collegi ex l. 3. §. ult. h. t. Adversus eum qui eam possidebit, judicium dabo. Hæc verba indicant, actionem ad exhibendum a Prætore permitti adversus possessorem. Atqui personalis est hæc actio d. l. 3. §. 3. Sed in rem scripta. ita datur quidem adversus possessorem: at jure obligationis, volente Edicti æquitate: ut alibi observamus.

Datur igitur hæc actio adversus possessorem : & quia indistincte ; nihil refert, qualis sit, qui convenitur ; civilis, an naturalis. solum quæritur, an possideat ; non quo modo : pari in omnibus exhibendi ratione. quid, si non possideat quis ; sed tantum teneat, & in possessione sit ? Aque hic habet exhibendi restituendique facultatem. igitur vel ipse ex Prætoris mente pro possessore habetur, ob similitudinem rationis ; licet alioquin ejus verbis non contineatur. Hæc plenius tractata sub Titulo, *De rei vindicatione*, & alioquin satis clara ex *d. l. 3. §. ult. l. 4. l. 5. pr. §. 1. & seqq.* hic non desiderant plura. Tamen huc revocandum hoc Pauli *l. 12. §. 1. h. t. Et filiusfamilias ea actione tenetur, si facultatem rei exhibenda habet.* Quod enim hic nominatim fit mentio filiifamilias, ejus ratio est : ut intelligatur, interesse inter filiumfamilias & servum : nam si servus quidem teneat rem domini, filius autem familias rem patris, & uterque habeat exhibendæ rei facultatem : est clara differentia, quod cum servo nulla actio est ; sed cum ejus domino est. contra potest filiusfamilias ex omnibus causis, tamquam paterfamilias, conveniri. non tenetur igitur servus hac actione, licet teneat rem & habeat exhibendi facultatem ; sed filiusfamilias ob rem, quam pater possidet, potest, si exhibendi facultatem habet, hac actione conveniri. In municipibus quoque fuit dubitatum, an vel ipsi hac actione teneantur. extat illa quæstio in *l. 7. §. 3. h. t.* ait autem Ulpianus ; & pro ratione addit : *quia facultas est restituendi.* tum subjicit : *Nam & possidere & nuncupare eos posse constat.* Cum ait, *Nam &* ; voculam, *Nam*, accipe pro, *præterea* : ut sæpe. Rem autem confirmat *l. 2. D. de adq. possess.* Deinde ait Ulpianus *d. l. 7. §. 3. Idem & in collegiis ceterisque corporibus dicendum est.* Non ero gravis : si addidero præterea, quod ab eadem ratione ex contrario monet Ulpianus *d. l. 5. §. ult.* si quis non habeat restituendi facultatem, licet possideat, non tamen tenebitur ad exhibendum : & ponit exemplum ; si in fuga servus sit. ad hoc planè, inquit, solum tenebitur, ut caveat, se exhibiturum, si in possessionem ejus pervenerit : sed & si non sit in fuga, permiseris autem ei, ubi velit, moratè ; idem erit dicendum, aut peregre a te missus sit, aut in prædiis tuis agat, ad hoc solum teneberis, ut caveas. Datur igitur hæc actio adversus possessorem qualemcumque ; qui utique habeat exhibendi facultatem : nec opus moneri, adversus eum qui non possideat, eam actionem non dari : quia non habet exhibendi facultatem. Si tamen possedit, sed dolo malo desierit possidere, etsi non possideat ; placuit Modestino, eum perinde teneri hac actione. ac si possideret *l. 5. C. h. t.* videlicet, quia dolus pro possessione habetur. Idemque & Julianum jam olim exultimasse in compluri-bus speciebus, attestatur Ulpianus *l. 9. h. t.* iis-que addi potest Pomponius *l. 14. d. t.* Sed de his omnibus accuratius supra sub Tit. *De hereditatis petitione*, & Tit. *De rei vindicatione*.

Illud non silebo, (est enim consequens superioribus) quod si quis non possideat tempore litis contestatæ, sed cœperit postea ante sententiam possidere, oportet dici ex sententia Ulpiani, debere condemnari, nisi restituat *l. 7. §. 4. h. t.* Contra in §. 5. in fit, si quis cum judicii accepti tempore possideret ; sed postea sine dolo malo possidere desierit, absolvi eum oportere. Et mox sic pergit : Quamvis sit, inquit, Pomponius, quod

ei impûteretur, cur non statim restituat, sed passus est, secum litem contestari *d. l. 7. §. 5.* Est vero in his notandus usus voculæ, *quamvis* : quam hic pro, *nisi*, accipi, dudum notavi *lib. sing. Ad Leg. Aquil. c. 7.* ex conjunctione *l. 15. §. ult. D. de rei vindic.* Rursus scribit Ulpianus §. 6. *d. l. 7. h. t.* ex sententia Pomponii, Si quis litis contestatæ tempore possederit, deinde desierit possidere, mox cœperit, siue ex eadem causa, siue ex alia, condemnari eum oportere, nisi restituat.

Indicavi, cui & adversus quem datur hæc actio : excepto, quod de heredibus nihil dixi. De his igitur Paulus sic scribit : *Heres non quasi heres, sed suo nomine hac actione uti potest. item heres possessoris suo nomine tenetur. Igitur non procedit querere, an heredi & in heredem danda sit. Plane ex dolo defuncti danda est in heredem hac actio, si locupletior hereditas eo nomine facta sit : veluti quod pretium rei consecutus sit. l. 12. §. ult. h. t.* Hic locus ostendit, actionem ad exhibendum vel hac in parte recedere a forma personalium actionum quæ solent heredibus & adversus heredes dari. fuit tamen justæ rationis, observari quod Paulus dixit. primum non datur heredi qua heredi ; sed ei datur proprio nomine : datur enim ei cujus interest, rem exhiberi propter actionem qua acturus sit re exhibita. potest autem fieri ; ut heredis non intersit, eam exhiberi. fac, aliquem habere actionem ad exhibendum, quia ejus interest exhiberi eo quo dixi modo. fac, duos relinquere heredes ; uni prælegare rem ab alio possessam. potest hic cui prælegata est, agere ad exhibendum : non, quia est heres : sed quia ei prælegata est ; eoque interest ejus proprio nomine, rem exhiberi, propter vindicationem qua acturus sit re exhibita. Alter heres ad exhibendum agere non potest : quia non interest ejus : qui re exhibita, non erit dominus, nec habiturus rei vindicationem. Non datur quoque hæc actio adversus heredem tamquam heredem : cum possit accidere ; ut heres possessoris neque possideat, neque fecerit dolo malo, quo minus possideret. quod ubi fit : apparet, cessare actionem quæ tantum datur adversus possessorem. cæterum, si dicatur ipse possidere ; jam tenebitur hac actione : at non ut heres, sed proprio nomine, tamquam possessor. Hæc : si defuncti hereditas ejus dolo non sit locupletior facta. nam si id sit ; ait Paulus, ex defuncti dolo etiam heredem qua re heredem hac actione teneri : absolutissimo jure, (ut dicitur *l. unic. C. Ex delict. defuncti. in quant. hered. conven.*) ne alieno scelere dicitur. Esse vero talem casum ait Paulus, si quod rei pretium consecutus sit. Sic Paulus *d. l. 12. §. ult.* & est observandum, quod is locus potest conjungi cum *l. 42. D. de rei vind.* quæ est ex eodem *lib. 26. Ad Edictum*, ostenditque, sic idem in rei vindicatione obtinere.

Reliquum est ; ut de officio Judicis disseramus. De eo sic Prætor : *Neque ea res ei arbitrio Judicis exhibeatur, quanti ea res erit, judicium dabo.* Prætoris verba volunt, rem qua de agitur, actori a possessore in hoc judicio Judicis arbitrio exhiberi. atque hinc actio hæc a Justiniano §. 31. *Inst. de actionibus* arbitraria appellatur ; & Ulpianus *l. 3. §. 13. h. t.* meminit arbitrii, Judici ex hac actione commissi. De cætero convenit officio Judicis, primum cognoscere ; an actoris pecuniariter intersit, ei rem exhiberi, propter actionem qua acturus sit, re exhibita ; & deinde, an reus possideat. quod si utrumque ei liqueat summatim ; (sic enim de hoc cognoscere,

cognoscere, eum, (supra dictum) duplex intervenit sententia: una interlocutoria, altera definitiva. priore jubetur possessor, actori rem exhibere; & si pareat Judicis præcepto, liberatur: sin aliter; sequitur altera sententia: qua jam condemnatur, quanti ea res est, id est, ad id quod actoris interest, eam rem sibi exhibitam esse. Hæc summa, sed plenius explicanda: nam plures recipit quæstiones. una erit de tempore quo res exhiberi debeat: ac vult Paulus *l. 12. §. 5. h. t.* eam exhiberi statim: & si neget reus, in præsentem se exhiberi posse, & tempus exhibendi causa petat, idque sine frustratione postulare videatur; oportere ei tempus dari: si caveat, se exhibiturum certo die. quod & observatum a Justiniano *§. 3. Inst. de officio Judicis*. Altera quæstio erit de modo quo oporteat rem a possessore exhiberi. Nam quod dictum, eum juberi, rem exhibere, non est simpliciter accipiendum: non enim sufficit, rem qualiter qualiter exhiberi: sed opus est, ut & res exhibeatur, & rei causa, id est, ut eam causam habeat actor, quam habiturus esset, si, cum primum ad exhibendum egisset, res exhibita fuisset. Hoc in *d. §. 3. Justinianus*. Idem Ulpianus *d. l. 9. §. 5.* Verba Ulpiani: *Quantum ad hanc actionem attinet, Exhibere est in eadem causa, in qua fuit, cum judicium acciperetur. quem in finem? ait: ut quis copiam rei habens possit exequi, actione quam destinavit, in nullo casu quam intendit læsa: quamvis non de restituendo, sed de exhibendo agatur.* Sic Florentiæ editur, in nullo casu, alias legitur, in nulla causa. quod probat Gulielmus Budæus V. Cl. *Annot. in Pandect. pag. 225.* nec intercedo. vult autem Ulpianus, eandem exhiberi rem quæ est petita. & hoc, opinor, fit; cum idem exhibetur corpus, eadem substantia, eadem forma. quod si non idem corpus, non eadem substantia, non eadem forma exhibeatur: alia exhibetur res, quam petita est; & ideo exhibita res non putatur. pone: quod est exemplum *d. l. 9. §. 3.* arbiter jussit exhiberi scyphum quem actor petiit sibi exhiberi. possessor exhibet massam. an exhibuit scyphum? Aliquis: idem est corpus, eadem substantia. Ovidius *lib. 15. Metamorph.*

*Utque novis fragilis signatur cera figuris,
Nec manet, ut fuerat, nec formas servat easdem.
Sed tamen ipsa eadem est. - - -*

Vere; si naturam spectemus & veritatem. at aliud suadent humani usus & populares affectus. ac secundum hos Ulpianus *d. l. 9. §. 3.* ex scypho massa facta, perinde accipit rem, ac si scyphus in aliam speciem esset translatus: præfatus, quod quamquam massam exhibet, tamen mutata forma, prope interempta rei substantia est, populari sensu, & ex humano usu *l. 13. §. 1. D. de verb. signif.* ac simile quid ex *l. 10. §. 5. D. Quib. mod. ususfr. amitt.* quæ ejusdem Ulpiani est, jam observavi *lib. 2. De usufructu. c. xi.*

Quid, si quis eandem exhibeat rem, sed deteriore? aliquis putat, eum adhuc ad exhibendum teneri: atque ita Sabinum existimasse *d. l. 9. §. 3.* Sed Ulpianus Sabini verba restringit ad expositum modo casum: in quo res dolo malo erat translata in aliam formam: massa ex scypho facta, proinde si eadem manente specie res deterior exhibeatur, quam tempore litis contestatæ fuerit aliud jus esse, idem attestatur Ulpianus *l. 17. D. h. t.* causatus; quod, ut deteriore rem exhibuit, tamen rem exhibuit. quia exhibere est, facere in publico potestatem, ut ei qui agat, experiundi, id est, vindi-

candi, sit copia *l. 2. D. h. t.* Hanc autem facultatem habet, ea exhibita, etsi deteriore. id significat hoc Ulpiani *d. l. 17.* *Et nihil impedit directam actionem talis exhibitio.* nam actio directa Ulpiano hic pariter ut in *l. 3. §. 13. d. t.* est principalis actio, sive rei vindicatio. subjicit tamen Ulpianus: Actio ex Lege Aquilia locum habere potest de hoc damno: quia non potest negari, rem esse ruptam, sive corruptam. Sic est ex subtili jure: verbo exhibendi, quod est in Edicto, tantum nudam præsentia rei præstationem significante. at non ita est ex Edicti mente. testes Diocletianus & Maximianus *l. 7. C. h. t.* Vitalianis quibusdam hoc modo rescribentes: *Exhibitionis necessitate tenetur, qui facultatem habens, culpam vel dolum in explendo præcepto committit: ita ut si rem deteriore exhibuit, æquitas exhibitionis perficiat, ut quamvis ad exhibendum agi non possit: in factum tamen actio contra eum detur.* Imperatores ajunt, si extet res quam exhiberi Judex interlocutione sua jussit; & possessor eam culpa vel dolo fecerit deteriore, expletum quidem esse Judicis præceptum, id est, jussum, secundum verba Edicti: quia utique exhibita res est, sed æquitatem exhibitionis, Edicti mente comprehensam, perficere tamen, ut in factum actio contra eum detur. Actio in factum est actio utilis, ut in *l. 3. §. 14. h. t.* & sæpe alias. Vidimus Edicti subtilitatem, etiam æquitatem ex ejus mente. adhuc quærenda est inventæ æquitatis ratio. Mihi hæc succurrit: quod Veteres noluerunt stare intra proprietatem verbi, Exhibere: quod est in Edicto, & præsentis rei exhibitione finitur *l. 22. l. ult. D. de verb. signif.* sed exemplo verbi, restituere, in Edicto de rei vindicatione ad cuius præparationem exhibitio pertinet, id verbum aliquanto plenius explicare. Igitur ut verbum, restituit, est juris *l. ult. §. 1. D. d. t.* sic placuit, verbum, exhibere, ex jure hic aliquid mutuari: cum alioquin sit facti: & quemadmodum restituit qui non solum corpus, sed etiam omnem rem conditionemque reddita causa præstat *d. l. ult. §. 1. & d. l. 22.* ita Ulpianus *l. 9. §. 5. h. t.* in interpretatione hujus Edicti, Quantum, inquit, ad hanc actionem attinet, Exhibere est, in eadem causa præstare, in qua fuit, cum judicium acciperetur: pari prorsus modo quo restituere accipitur in Edicto de rei vindicatione: adeo cum actione ad exhibendum agitur, quamvis non de restituendo, sed exhibendo agitur; exhibere est, sic exhibere, ut quis copiam rei habens, possit exequi actione quam destinavit in nulla causa (sic legendum, causa, non casu, ut est Florentiæ) quam intendit læsa. Exposui sensum Ulpiani *d. l. 9. §. 5.* atque idem applicandus Juliano *l. 42. D. Ad Legem Aquiliam*: quam enim vocat actionem ad exhibendum est actio in factum, quam utilem appellavi.

Nec hoc fuerit a ratione alienum, postquam placuit, rem in eadem exhiberi causa in qua fuit tempore litis contestatæ, si res usucapta sit inter moras exhibendi, possessorem nihilominus condemnari *§. 3. Inst. de offic. Judic.* adeo, ut Ulpianus ait, si post litem contestatam, usucaptum exhibeat, non videtur exhibuisse. Quam ob rem? ait, cum petitor intentionem suam perdidit, quid inde? sic porro infert: ideo absolvi eum non oportere. Excipit tamen: Nisi paratus sit repetita die intentionem suscipere: ita ut fructus secundum Legem astimentur. Sic Ulpianus *l. 9. §. 6. D. h. t.* Sed quia obscurius, paucis illustrabo sensum.

ſenſum. quam ille vocat, *Repetitam diem*, Budæus, *Annot. in Pandect.* p. 225. interpretatur, retrorſum petitam, ut in *l. 3. D. de ſid. inſtr.* ita erit ſenſus: Niſi poſſeſſor dicat, ſe eſſe paratum, id eſt, actori promittat, ſuſcipere ejus intentionem, ſive in rem actionem, quæ alias ſequutura fuiſſet; eaque, eſſi jam perempta uſucapione, ad reſtitutionem teneri ex eo die quo eſt actum ad exhibendum, perinde quaſi uſucapio nulla interveniſſet. quod ſi fiat: jam is erit exitus; ut & fructus ex repetita illa die præſtentur ſecundum legem; id eſt, ſecundum promiſſionem illa conventionem factam: niſi quis malit, (quod viſum Cujacio, *lib. 9. Obſerv. c. 19.*) ſecundum *Legem* explicare ſecundum *Legem Duodecim Tabularum*.

Debet igitur poſſeſſor (nam revertemur eo) rem cum ſua cauſa petitori reſtituere. ſed Juſtinianus §. 3. *Inſt. de offic. Judic.* ait, Judicem præterea oportere habere rationem fructuum mediæ temporis, id eſt, ejus quod poſt acceptum ad exhibendum judicium, ante rem judicatam interceſſerit. Similiter ait Ulpianus *d. l. 9. §. 7. h. t.* Sabinum putaviſſe, partum quoque reſtituendum: ſive prægnans fuerit mulier, ſive poſtea conceperit: eamque ſententiam & Pomponio probari. Poſſit quoque huc referri quod in *l. 2. D. de uſuris* a t Papinianus, vulgo receptum eſſe: ut quamvis in perſonam actum ſit, poſt litem tamen conteſtatam cauſa præſtetur. & porro addit, quod hujus opinionis ratio redditur, quoniam quale eſt, cum petitur, tale dari debet, ac propterea captos fructus, partumque editum reſtitui oportet.

Non ad hæc ſubſiſtit in *d. l. 9.* Ulpianus; ſed in §. ult. præterea, inquit, *utilitatis ſi qua amiſſa ſunt ob hoc, quod non exhibetur, vel tardius quid exhibetur, æſtimanda a Judice ſunt.* Subjicit porro: *Et ideo Neratius ait, utilitatem actoris venire in æſtimationem, non quanti res ſit: qua utilitas, inquit, interdum minoris erit, quam res erit. Sed & ſi hereditas amiſſa ſit ob hoc, quod ſervus non exhibetur, æquiſſimum eſt æſtimari officio Judicis damnum hereditatis l. 11. h. t.* Nec hæc pars negligenda fuit interpretanti Edicti mentem. nam Ulpianus, ut mihi videtur, indicat hiſce verbis, ad quid actio ad exhibendum a Prætoribus detur; ſi non ſit a poſſeſſore paritum Judicis arbitrio. Dixit forte Prætor, ut poſui in formula Edicti, *Quanti ea res erit, judi-*

cium dabo. Sed Ulpianus, animadverſa Prætoris æquitate, quam in ſuperioribus attingi, non videtur ea verba ſua æſtimaviſſe proprietate; ſed perinde accepiſſe, quaſi dixiſſet Prætor, quanti actoris interſit: ſic enim condemnationem fieri, indicat Imperator §. 3. *Inſt. de offic. Judic.* Datur igitur actio ad exhibendum, non ad ſolius corporis, rei-ve, æſtimationem quam formula, *Quanti res eſt* proprie designat *l. 193. D. de verb. ſignif.* ſed ad omne quod actori abſit, quodque lucrari potuiſſet; ſi res exhibita fuiſſet: hoc enim verbo, id quod intereſt, continetur *l. 13. D. Ratam rem hab.* eoque modo etiam formulam, quanti res eſt, alibi Vereres explicuerunt. Convenit certe ex ſententia Neratii quam Ulpianus refert *d. §. ult.* talis explicatio officio viri boni: arbitraturi, quid æquum ſit obſervari; ne actor, ob contumaciam aut culpam poſſeſſoris, non parentis præcepto Judicis, vel damno afficiatur, vel lucro careat. Cæterum nec hoc male Neratius, ut idem refert Ulpianus: quod cum actoris utilitas venit in hanc actionem; non quanti res eſt; ea utilitas interdum minoris erit, quam res erit.

Reliquum eſt, ut videamus quo modo æſtimationem fieri oporteat. ſit autem, aliquando ab actore, aliquando a Judice: ab actore quidem, ſi poſſeſſoris dolus aut contumacia accuſetur, jurejurando in litem ſit ex affectione etiam in infinitum *l. 3. §. 2. h. t.* a Judice vero, ſi tantum poſſeſſoris culpa ſit: & tum non ex affectione ſit in infinitum; ſed ex rei veritate *l. 4. §. ult. l. 5. pr. & §. 3. D. de in litem jurando.* Hoc nunc obiter: ſed ex profeſſo tractabitur infra ſub Titulo, *De in litem jurando.*

Hactenus conſuluit Juxta utilitati actoris, probata ejus intentione. Porro addam, quod nec poſſeſſorem negligere eum oportet. nam ſi non paret quod intendit actor; æquum eſt, poſſeſſorem abſolvi. imo, ſi paret; adhuc debet habere rationem exceptionum quas ille allegat; eo modo quem ex *l. 3. §. 13.* ſupra tradidi.

In hac parte etiam de loco quo exhibitio fiat, arbitrari debet: item cujus ſumptibus; nec minus ad curam ejus pertinebit, ut poſſeſſor, re exhibita, etiam alias indemnus ſit. Sed de hiſ omnibus quia plene & clare Ulpianus *l. 11. §. 1. & l. 5. §. 3. & 4.* licebit mihi ab hoc Titulo recedere.

LIBER UNDECIMUS. TITULUS I.

De interrogationibus in jure faciendis, & interrogatoriis actionibus.



In hoc libro ne quæras certi ordinis ſubtilitatem. id licuit facere in ſuperioribus; ſed in præſente non licet. magis puta, in eo quaſi per ſaturam tradi aliqua, ad præcedentium ſupplementum pertinentia. Quod dico, in toto liquet libro, certe non eſt obſcurum in hac Rubrica, fere, ut mihi viſum, a Titulo *De judiciis* pendente.

Extat illa Florentiæ hac forma, *De interrogationibus in jure faciendis & interrogatoriis actionibus.*

Apud Holoandrum eſt, & *interrogatoriis actionibus ſublatis.* Et favere huic ſcripturæ aliquatenus poſſit Calliſtratus *l. 1. §. 1. D. h. t.* Sed jam obſervatum eſt a Viris Doctis, totum illum locum magis Triboniani, quam Calliſtrati, eſſe: omnibus hujus Tituli Fragmentis Triboniani manum clare arguentibus. Edictum videtur tale fuiſſe. *Qui in jure interrogatus reſponderit, qua ex parte heres bonorumve poſſeſſor ſit, adverſus eum ex ſua reſponſione actionem dabo.* Verba, *Qui in jure interrogatus reſponderit,* extant in *l. 4. §. ult. D. h. t.* Illa, *Qua ex parte heres, bonorumve poſſeſſor ſit,* licet colligere

ex l. 1. 2. 3. & 4. Cetera totus exhibet Titulus. Ratio Edicti in l. 2. ex Ulpiano hæc proponitur: Edictum de interrogationibus ideo Prætor proposuit quia sciebat difficile esse ei qui heredem bonorumve possessorem convenit, probare aliquem esse heredem bonorumve possessorem. quam ob rem? in l. 3. subjicitur ex Paulo; quia plerumque difficilis probatio aditæ hereditatis est: quid tum? idcirco (sic sequitur in l. 4. rursus ex Ulpiano) voluit Prætor adstringere eum qui convenitur, ex sua in judicio responsione, ut vel confitendo vel mentiando sese oneret: simul etiam portionis, pro qua quisque heres extitit, ex interrogatione certioreretur. Nec alio pergit hoc Callistrati. l. 1. h. t. Totiens heres in jure interrogandus est, qua ex parte heres sit, quotiens adversus eum actio instituitur, & dubitat actor, qua ex parte is cum quo agere velit, heres sit. Est autem interrogatio tunc necessaria, cum in personam sit actio, & ita si certum petetur: ne dum ignoret actor, qua ex parte adversarius defuncto heres extiterit, interdum plus petendo aliquid damni sentiat. Finis hujus loci est interpolatus. procul dubio scripsit Callistratus, *Interdum plus petendo damnum sentiat*. nam plus petens jure Pandectarum causa cadebat, & totam litem amittebat. quod tempore Justiniani mutatum fuisse, constat ex §. 33. *Inst. de action.* & §. pen. *Inst. de except.* Sed hoc curiose observat J. Rævardus lib. 3. var. c. 14.

Nunc Edictum videamus. Quod ait Prætor, *Qui in jure interrogatus respondit*, (ut Ulpiano l. 4. §. ult. h. t. videtur) sic accipiendum est, apud Magistratus populi Romani, vel Præsides provinciarum, vel alios Judices. qua ratione? præfatur Ulpianus, jus eum solum locum esse, ubi juris dicendi vel judicandi gratia consistat, vel si domi vel itinere hoc agat. Ulpianus Magistratus populi Romani vocat Magistratus Urbanos, eosque distinguit a Præsidibus provinciarum: quia illi proprie non sunt Magistratus, sed pro Magistratu funguntur; magisque potestates appellantur: ut alibi monui. per alios vero Judices Ulpianus minores Magistratus, ut municipales, intelligit. nam & hi jurisdictionem habent, & Judices appellantur. Judices certe a Præatore dati huc non pertinent: quia apud illos non formatur actio, sed formata a Præatore exercetur. Nec obstat l. 21. D. h. t. in qua ait Ulpianus: *Ubi cumque Judicem aequitas moverit, aequè oportere fieri interrogationem, dubium non est*. Nam alio spectat Ulpianus, quam in d. l. 4. §. ult. hic enim ait, quod actori ad formandam actionem prodest, quidquid reus in jure apud Prætorem aliumve Magistratum ante litem contestatam ab actore rogatus responderit. illic vero significat, quod reus in judicio post litem contestatam apud Judicem actori interroganti responderit, id actori apud Judicem prodesse ad probationem jam formatæ actionis.

Ait, *Interrogatus*. Imo, si sine interrogatione quis responderit se heredem, placet Ulpiano, eum pro interrogato haberi l. 9. D. h. t. Interrogatum autem, inquit, non solum a Præatore accipere debemus, sed & ab adversario d. l. 9. §. 1. id est, ab eo a quo convenitur. quod si ab alio sit interrogatus, alii non prodest l. ult. h. t. Similiter alius pro alio non debet respondere cogi, an heres sit: contra debet quis de se in judicio interrogari, hoc est, cum ipse convenitur d. l. 9. §. 3. Idem dicendum, si servus interroget, aut interrogetur: cum enim servus non habeat

legitimam personam standi in judicio: nulla est interrogatio a servo facta d. l. 9. §. 2. quia nec cum servo est jure civili actio l. 107. D. de reg. jur.

Deinde ait Prætor, *Responderit, quia ex parte heres bonorumve possessor sit*. Tantum locutus Prætor est de herede & bonorum possessore: non etiam de aliis. Nempe erat hæc Edicti causa; quod nominibus Lege Duodecim Tabularum inter heredes pro portionibus hereditariis ipso jure divisus, erat creditori, heredem convenire volenti, cavendum; ne plus peteret, quam ei Lege Duodecim Tabularum permetteretur: alioquin causa casurus, id est, rem amissurus. porrecta tamen Edicti sententia est etiam ad alia; in quibus eadem erat æquitas, etsi verba deficerent. Exempla occurrunt l. 7. 8. 9. §. ult. l. 10. 11. h. t.

Porro ait Prætor: *Adversus eum ex sua responsione judicium dabo*. Hæc actio in Rubrica & l. 22. h. t. vocatur interrogatoria, quia ex interrogatione & responsione formatur: pari modo quo actio rescissoria dicitur quæ rescissa usucapione promittitur l. 28. §. 3. D. *Quib. ex caus. major.* & constitutoria quæ ex constituto venit l. 20. D. de constit. pecun. & confessoria quæ datur ex confessione l. 25. §. 1. D. *Ad Leg. Aquil.* Id vidit Vir Cl. Franciscus Duarenus lib. 1. *Disp. annu.* c. 43. & post etiam alii annotarunt. Equè sciri oportet, actionem interrogatoriam non esse actionem novam; sed prioris actionis in judicium deductæ qualitatem adjectitiam, ita, si reus ex mutuo obligatus, de mutuo interrogatus responderit: dabitur adversus eum actio in interrogatoria ex mutuo: similiter si quis in jure interrogatus, an quadrupes quæ pauperiem fecerit, ejus sit; responderit, esse: tenebitur actione interrogatoria Si quadrupes; & similiter in aliis. Apparet igitur, actionem interrogatoriam a Præatore adversus interrogatum dari ex ejus responsione: eoque ab Ulpiano l. 11. §. 9. h. t. recte dici, eum qui interrogatus respondit, sic teneri, quasi ex contractu obligatus esset. pro quo pulsabitur, dum ab adversario interrogatur. nec minus vere addi, si a Præatore fuerit interrogatus, nihil facere Prætoris auctoritatem, sed ipsius responsum, sive mendacium. Ita nec refert, utrum vere, an falso, responderit, quemadmodum enim iniquum est, vel falsum respondentem fidem contra se haberi d. l. 11. §. 1. & 2? maxime, si tales sint falsæ responsiones, ut & jus & naturam recipiant l. 14. §. 1. l. 13. l. 16. §. 1. D. h. t. Igitur & si plus responderit, propter mendacium tenetur. quid, si minus responderit? hanc feret mendacii pœnam; ut in solidum conveniatur: dum se minoris portionis heredem adseverat d. l. 11. §. 3. Ex causa tamen ei qui interrogatus respondit, succurri, non dubitamus, & sunt exempla egregia d. l. 11. §. 8. & 10. cum seqq.

Alterum Edicti caput ita restitui potest. *Adversus eum qui omnino non responderit, in solidum actionem dabo*. Hoc caput collegi ex l. 11. §. 4. h. t. ubi sic scribit Ulpianus: Qui tacuit quoque (delendam esse. vocem, quoque, bene putat Elbertus Leoninus V. Cl. lib. 3. *Emend.* c. 19.) apud Prætorem, in ea causa est, ut instituta actione in solidum conveniatur, quasi negavit se heredem esse. nam qui omnino non respondit, contumax est: contumaciæ autem hanc pœnam ferre debet, ut in solidum conveniatur, quemadmodum si negasset: quia Prætorem contemnere videtur. Non subsistit ad hæc Ulpianus: præterea

reca observat *d. l. 11. §. 5.* posteriores hoc excepisse non modo de eo, qui tacet; sed de illo quoque, qui ad interrogatum non respondit; id est, *περὶ τῆς ἀποκρίσεως*. verissime: nam respondere (ut Varro ait *lib. 5. De Ling. Latin.*) est, spondere ad voluntatem rogantis. itaque, addit Varro, qui ad id, quod rogatur, non dicit, non respondet. Plane Ulpianus *l. 6. §. 1. h. t.* interdum, inquit, interrogatus quis non cogitur respondere. Et hoc ponit exemplum: ut puta, si controversiam hereditatis ab alio patiat. & ita D. Hadrianus con-

stituit: ne aut negando se heredem, præjudicet sibi; aut dicendo heredem, illigetur etiam ablata sibi hereditate. Idem suadet æquitas, si ille, qui interrogatur, an heres vel quora ex parte sit, vel an in potestate habeat eum, cujus nomine noxali iudicio agitur, petat ad deliberandum tempus: quia, si perperam confessus fuerit, incommodo adficatur *l. 5. D. h. t.* certe sicut defunctorum interest, ut habeant successores, ita interest & viventium, ne præcipitentur, quamdiu iuste deliberant *l. 6. d. t.*

TITULUS II.

De quibus rebus ad eundem iudicem eatur.

Sicut superior Titulus, ita hic, pendet a Titulo, de iudiciis, potest autem usum accipere a Titulis, Finium regundorum, Familiæ erciscundæ, & Communi Dividundo. nec minus possunt huc referri casus alii: in quibus æque sit causa inhibendi litium multiplicationem: volente Prætoris officio, quoties habeat occasionem, lites minuere potius, quam augere: eoque curare; ne per plures Iudices fiat, quod per unum possit uno iudicio expediri. id notavit olim Quintilianus, *lib. 3. Inst. Orat. c. 10.* verbis sequentibus: *Privata quoque iudicia sæpe unum iudicem habere multis & diversis formulis solent: nec alia species erunt, etiam si unus a duobus duntaxat eandem rem atque ex eadem causa petet, aut duo ab uno aut plures a pluribus. quod accidere in hereditariis litibus interim scimus: quia quamvis in multis personis, causa tamen una est, nisi si conditio personarum causas variaverit.* Similiter monet Pomponius *l. 1. h. t.* si inter plures familiæ erciscundæ agatur, & inter eosdem communi dividundo aut finium regundorum, eundem Iudicem sumendum. Præterea ait, quo facilius coire coheredes vel locii possint, in eundem locum omnium præsentiam fieri oportere. Nec alio consilio scribit Papinianus *l. 2. d. t.* Cum ex pluribus tutoribus unus, quod cæteri non sint idonei, convenitur, postulante eo, omnes ad eundem Iudicem

mitti: & hoc Rescriptis Principum contineri. Similis species apud Gajum *l. 9. D. de liberali causa.* sed quia prolixior ejus tractatus: sufficit, indicasse locum. Est & illud notabile: quod in *l. 10. C. de iudiciis.* ita scribit Constantinus: Nulli prorsus audientia præbeatur, qui causæ continentiam dividet, & ex beneficii prærogativa id, quod in uno eodemque iudicio poterat terminari, apud diversos Iudices voluerit ventilare: pœna ex officio Iudicis imminente ei; qui contra hanc supplicaverit sanctionem, atque alium super possessione, alium super principali quæstione, Iudicem postulaverit. Non videtur quoque ab hoc loco alienum, quod de conventionione & reconventionione (Gajus *l. 11. §. 1. D. de iurisdic.* mutuas vocat actiones) in hunc modum scribit Paulus *l. 22. D. de iudic.* Qui non cogitur in aliquo loco iudicium pati, si ipse ibi agat, cogitur excipere, actionem & ad eundem Iudicem mittere. Utilitatem hujus rei aliquam indicavi supra sub Titulo *De procuratoribus.* addam in præsentia effectum alium, atque egregium. is effectus est, quod conventio & reconventio, eodem iudicio finitur. spectat huc *l. 14. §. authentic. sequens C. de sentent. & interloc.* & potest ad hanc consuli V. CL. Antonius Faber

lib. 20. Conject. c. 5.

§ 6.

TITULUS III.

De servo corrupto.

Causa exponendæ hoc loco actionis de servo corrupto est; ut cedat pro supplemento Legis Aquiliæ. Dicitur vero hic corruptus servus; cum ejus animus est corruptus. id intelligitur ex *l. 14. §. 1. & l. 15. h. t.* Nec dissimilis est ejus verbi usus apud Suetonium, *Othone c. 3.* ubi Otho dicitur corrupisse uxorem suam: pro uxoris suæ animum a Nerone eam amante, alienasse: quod ad eum locum observavit Torrentius. Verba Edicti, de actione servi corrupti in *l. 1. D. h. t.* ab Ulpiano talia adferuntur: *Qui servum servam, alienum, alienam, recepit, persuasissetve quid ei dicetur dolo malo, quo eum eam deteriore faceret, in eum, quanti ea res erit, in duplum iudicium dabo.* Prima erit inspectio, quando locum habeat hæc actio. apparet autem, promitti a Prætoris, si quis animum alieni servi, aut alienæ servæ corrupisse dicatur eum recipiendo, aut ei quid persuadendo dolo malo, quo eum deteriore faceret. Loquitur igitur Prætor de corrupto servo aut serva. Quid, si corruptus dicatur filiusfamilias aut

filiafamilias? quatenus attinet ad verba; cessat hæc actio: quia (ut Paulus ait *l. 14. §. 1. h. t.*) servi corrupti constituta est actio: id est, quia Prætor non dixit, Qui filiumfamilias, filiamfamilias, alienum, alienam; sed, qui servum, servam, alienum, alienam. Et fuit Prætori ratio: quam allegat Paulus *d. §. 1.* quod is in patrimonio nostro esset, & pauperiorem se factum esse dominus probare potest, dignitate & fama domus integra manente. Si tamen pater, corrupto filio aut filia, sustineat agere, neglecta domus fama & dignitate: non intercedit Paulus, quo minus cessante actione directa ex Edicti verbis, adhuc utili experiatur ex ejus sententia. Et movet Paulum sequens ratio: Quoniam interest nostra animum liberorum nostrorum non corrumpi; idque officio Iudicis æstimari. Sed quo modo? Labet adscribere ex Græcis, *Basilic. lib. 60. tit. 6. tom. 7. p. 203. lit. U.* Scholio ad *h. loc.* quod sequitur. *Quale id, quod interest hinc fingi potest? pone morientem quendam filios meos heredes instituisse sub con-*

S

ditio-

ditione, si bonis moribus præditi & patri morigeri fuerint, & hos quendam corrupisse & contumaces reddidisse: atque ita conditionem defecisse. ager ergo pater utili actione adversus corruptorem, & consequetur æstimationem ususfructus hereditatis, quem sibi, quasissent filii, si heredes existerent. Sic Scholiastes Græcus; etsi non male; tamen magis ex usu temporis posterioris, quam Pauli: cui cognitum non fuit peculium adventitium.

Igitur loquitur Prætor de servo & serva. Nec frustra addit, *Alienum, alienam*. Nam interest domini, ne ab alio corruptatur ejus servus aut serva, at si ipse suum servum, suamve servam, corruptat: non interest alterius, id non fieri. quid si nec dolo malo fecisse dicitur dominus: rei suæ etiam in abutendo moderator & arbiter *l. 21. C. Mandati*? jure igitur egit; nec tenetur hac actione. Idem dicendum est: si quis corruerit servum a se bona fide possessum, nam & hic, etsi non sit dominus, pro domino habetur; eoque nec videtur agere dolo malo, corrupens servum, quem putat esse suum. Hæc mea ratio, alia Ulpiani *l. 1. §. 1. h. t.* si vera est hæc scriptura: *Qui bona fide servum emit, hoc Edicto non tenebitur: quia nec ipse poterit servi corrupti agere: quia nihil ejus interest servum non corrumpi*. Sed mihi suspecta est: scribo, *Qui bona fide servum emit, hoc Edicto non tenebitur, nec ipse poterit servi corrupti agere*. Juvant Græci *Basilic. lib. 60. tit. 6. tom. 7. pag. 184.* ita reddentes, Frabroto interprete: *Qui bona fide emit, neque conveniri potest servi corrupti*. Plura paulo post. Sit nunc similis dubitatio de hereditario servo, si ab aliquo sit, jacente hereditate, corruptus. Vix enim potest dici alienus non habens dominum. jam cujus interest, non corrumpi eum; qui sit nullius. datur vero hæc actio ei, cujus interest. Ait tamen Ulpianus *l. 13. §. 1. h. t.* si quis servum hereditarium corruerit, hac actione teneri eum, nempe, quia jacens hereditas interim fingitur domina. præterea potest illi noceri quasi dominæ, recipiendo ejus servum, aut ei persuadendo quid dolo malo. addit Ulpianus, eum, qui servum hereditarium corruerit, insuper hereditatis petitione teneri quasi prædonem: opinor, positus terminis, petitioni hereditatis convenientibus. subjicitur in *l. 14.* tantum venire in hereditatis petitionem, quantum in hanc actionem. Obtenet igitur servi corrupti actio, corrupto servo alieno. De communi videamus. ecce: aliquis corruerit servum meum & suum. ait Ulpianus *l. 9. h. t.* apud Julianum quæri, an hac actione teneri possit? facit dubitationem: quod est pro parte ejus. sed est quoque pro parte meus. quid Ulpianus? Julianum putare, eum teneri socio. *Socio*, inquam: quomodo Florentiæ legitur; licet alias edatur, *pro socio*. poterit igitur socius cum socio agere eo nomine, quod deteriolem fecit communem servum: quemadmodum illi licet agere cum quolibet, qui rem communem deteriolem fecit *l. 10. D. de noxal. act.* Est id præsertim verum; si socius corruerit servum. quid, si recepit? videtur dubitasse Julianus. sed Ulpianus putat, si celandi animo suscepit, posse defendi eum teneri *d. l. 9.*

Deinde ait Prætor: *Recepisse persuasisseve quid ei dicetur dolo malo, quo eum deteriolem faceret*. Hisce verbis indicat Prætor duplicem formam corrupendi servi; una est servi receptio, altera persuasio, de utraque sic Ulpianus *l. 1. §. 2.* *Quod autem Prætor ait, Recepisse, ita accipimus; si suscepit servum alienum ad se: & est proprie Recipere, refugium abscondendi causa servis*

præstare vel in suo agro vel in alieno loco adificiove. Hactenus recte Ulpianus: sed quod in *§. 3.* porro subjicit, caret sensu. Verba Ulpiani: *Persuadere autem est plus, quam compelli, atque cogi sibi parere*. Corrigo & scribo: *Persuadere autem est, plus quam suadere: persuadere enim est, compellere atque cogere sibi pareri*. Nempe præpositio, *Per*, adjecta verbo, *Suadere*, auget ejus significationem. Apulejus *lib. ix. Metamorph. p. 176.* *Uxorem ejus tacite suasi, ac denique persuasi*. Item *Apologia, p. 321.* *Suasi uxori meæ, cujus, ut isti ajunt, jam universas opeis transvoraram; suasi, inquam, ac denique persuasi*. Simile etiam in verbis aliis observare licet. Ulpianus sic perfecisse, inquit, *adificium is videtur, qui ita consummavit, ut jam in usum esse possit l. 139. §. 1. D. de verb. sign.* Ita reum agere, apud Ovidium *lib. 1. Amor. Eleg. 7. vers. 22.* est, reum accusare. reum peragere Ulpiano *l. 2. D. Ad Leg. Jul. de adult.* est reum condemnare. Erit igitur in *d. l. 1. §. 3. h. t.* nam eo redeo, aptus Ulpiani sensus: si legamus: *Persuadere autem plus est, quam suadere. persuadere enim esse, compellere, atque cogere sibi parere*. Pergit in *d. §. 3.* Ulpianus. *Sed persuadere τὸν πείθειν, id est, ex mediis verbis. nam & bonum consilium quis dando potest suadere & malum: & ideo Prætor adjecit, Dolo malo, quo eum deteriolem faceret: neque enim delinquit, nisi, qui tale aliquid servo persuadet, ex quo eum faciat deteriolem. Qui igitur servum sollicitat ad aliquid faciendum vel cogitandum (id est, tentandum, sive conandum: quomodo cogitationem in *l. 18. D. de pænis accipi*, ostendi supra sub Titulo, *Quod quisque juris in alter. stat.*) improbe, hic videtur hoc Edicto notari*. Persuasit enim servo dolo malo, quo eum deteriolem faceret. Et sunt exempla *d. l. 1. §. ult. l. 2. §. 15. h. t.* satis certa & clara: non opus explicatione. Hoc quæri possit, utrum ita teneatur demum corruptor, si bonæ frugis servum perpulit ad delinquendum, an vero & si malum hortatus, vel malo monstravit, quemadmodum faceret? Sed verius putat Ulpianus *d. l. 1. §. 4. h. t.* etiam si malo monstravit, in quem modum delinqueret, teneri eum. imo, inquit, & si erat servus omnimodo fugiturus vel furtum factururus, hic vero laudator hujus propositi extitit, tenetur. & præfatur Ulpianus: Non enim oportet laudando augeri malitiam. sive ergo bonum servum fecerit malum, sive malum fecerit deteriolem, videtur Ulpiano corrupisse.

Porro ait Prætor, *Dolo malo*. Hoc adjecto, Prætor notat calliditatem ejus, qui persuadet, cæterum, si quis sine dolo deteriolem fecerit, non notatur: ut, si lusus gratia fecerit; unde quæritur, si quis servo alieno suaserit, in tectum adscendere, vel in puteum descendere, & ille parens adscenderit, vel descenderit, & ceciderit, crurisque vel quid aliud fregit, vel perierit, an teneatur? Et si quidem sine dolo malo fecerit, ait Ulpianus, non teneri eum: si dolo malo, teneri *d. l. 3. §. 1.* Sed Paulus *l. 2. h. t.* putat, commodius utili Lege Aquilia, id est, utili Legis Aquiliæ actione, experiri; ut videtur Græcis, quia in ea sufficit, esse factum injuria, id est, culpa vel levissima; etsi non probeatur dolus. Desiderat igitur Prætor, persuasionem fieri dolo malo. Sed Ulpianus *l. 5. h. t.* *Doli*, inquit, verbum etiam ad eum, qui recepit, referendum est: ut non alius teneatur, nisi, qui dolo malo fecerit. cæterum, si quis, ut domino custodiret, recepit, vel humanitate, vel misericordia, ductus, vel ad proba-

probata & iusta ratione, non tenebitur. Tene-
tur igitur hac actione, qui dolo malo, quid per-
suaserit servo, quem sciebat esse talem. quid, si
liberum putabat? Ulpiano *d. l. 5. §. 1.* vide-
tur teneri eum oportere: addita hac ratione:
Majus enim delinquit, qui liberum putans cor-
rupt; & ideo, si servus fuerit, tenebi-
tur.

Intellecto, quando obtineat servi corrupti actio;
supervacuum fuerit quæri, adversus quem detur.
apparet enim dari adversus eum, qui alienum ser-
vum, alienamve servam, eo quo dixi, modo dolo
malo corruptit. Saltem de herede ejus quæri pos-
set: idcirco, quod heres defunctum repræsentat.
Sed heredem absolvit Ulpianus *l. 13. D. h. t.* quo
jure? quia hæc actio est pœnalis: utique ex parte
rei, tales autem adversus heredes, nisi quatenus
pervenit, non dantur.

Sequens locus erit, cui detur actio servi corrup-
ti? & puto, dari domino: cujus interest, servum
non corrumpi: sive in solidum sit dominus, sive
habeat servum cum alio communem. nam vel hunc
agere actione servi corrupti, supra traditum ex *l. 9.
D. h. t.* De eo nemo dubitet, quin domini appella-
tione etiam heres contineatur *l. 13. l. 8. h. t.* quia
dominum repræsentat. Atqui pœnalis est hæc ac-
tio. Sed hoc ad rem non pertinet: certo, quod
pœnales actiones heredibus dantur, etsi non dentur
adversus heredes.

Datur igitur hæc actio domino. at cui? ait Ul-
pianus *l. 5. §. ult. h. t.* hanc actionem referri ad tem-
pus servi corrupti vel recepti. eo vero significatur,
quod hæc actio competit ei, qui erat dominus eo
tempore, quo corrupti sunt servi mores: non huic,
qui sit dominus, quo tempore agitur: & ideo, in-
quit, & si decesserit servus, vel alienatus sit vel ma-
numissus; nihilominus locum habebit actio: quia
enim non spectatur tempus quo agitur; sed quo
corruptus est servus: eoque demum illatum mihi
est damnum; licet nunc manumisso servo agens
nihil damni sentiam, tamen recte ago: quia præte-
ritæ utilitatis æstimatio in hoc iudicium deducitur
l. 6. h. t. fuisse hoc, vel eo admonendum, ait Ulpia-
nus *l. 7.* quia & mali servi forsitan consequuntur
libertatem; & posterior causa tribuit manumissio-
nis iustam rationem. Ab eodem fonte est; (ut ex
conjunctione *d. l. 6.* cum *l. 8. h. t.* intelligitur,) quod
& heres ejus, cujus servus corruptus est, hanc
actionem habet: non solum, si manserit in heredi-
tate servus, sed & si exierit forte legatus.

Cæterum, ut actio servi corrupti ejus domino da-
tur certo jure: sic an bonæ fidei possessori detur, est
notabilis dubitatio, propter sequentia Ulpiani ver-
ba ex *l. 1. §. 1. h. t.* *Qui bona fide servum emit, hoc
Edicto non tenebitur: quia nec ipse poterit servi corrup-
ti agere: quia nihil ejus interest servum non corrumpi:
Sane si quis hoc admisit, eveniet, ut duobus ac-
tio servi corrupti competat. quod est absurdum. Sed
nec eum, cui bona fide homo liber servit, hanc actionem
posse exercere opinamur.* Primum versum sic in an-
tecessum restitui: *Qui bona fide servum emit, hoc
Edicto non tenebitur. nec ipse poterit servi corrupti a-
gere.* Liqueat, bonæ fidei possessorem, si ipse
corrupt servum quem bona fide emit, ex sententia
Ulpiani non teneri actione servi corrupti: sicut ea
non tenetur dominus, corrupto a se servo pro-
prio: quia bonæ fidei possessor, quamdiu domi-
nus ignoratur, pro domino habetur. Eodem
modo erat dicendum, bonæ fidei possessorem
posse agere servi corrupti, si servus bona fide

emptus, ab alio corruptus sit: quia potest domi-
nus, corrupto servo, experiri actione servi cor-
rupti: eo, quod bonæ fidei possessor, quamdiu do-
minus ignoratur, pro domino habetur: ejusque
tam interest, servum bona fide emptum non cor-
rumpi, quam domini interest, non corrumpi suum.
At Ulpianus. *d. l. 1. §. 1.* contra sic scribit: *Nec
ipse poterit servi corrupti agere: quia nihil ejus inter-
est, servum non corrumpi.* Videtur igitur tenebras;
& has sequente augeri versum: *Et sane si quis hoc
admisit, eveniet, ut duobus actio servi corrupti
competat. quod est absurdum.* Quæris lucem? ne-
mo dat, quantum memini. ipse quoque, an ido-
neam sim daturus, nescio. faciam tamen, quam
potero. Si putetur Ulpianus velle, numquam in-
teresse bonæ fidei possessoris, non corrumpi ser-
vum quem bona fide emit, ideoque eum num-
quam agere servi corrupti, & absurda & falsa est
Ulpiani sententia, quod, si sic exaudiat, quasi
velit, bonæ fidei possessorem non agere servi cor-
rupti, ubi non interest ejus, ad verisimile accedet
ejus disputatio. porro bonæ fidei possessoris ple-
rumque interesse non corrumpi servum, vix nega-
ri potest, propter bonam fidem, propter quam instar
domini habetur. hoc igitur casu non aget actione
servi corrupti directa, quia non est servi dominus,
at aget actione utili, quia pro domino habetur: ex-
emplo ejus, quod in actione Legis Aquiliæ, quæ
item domino datur *l. 11. §. 6. D. Ad Leg. Aquil.*
de eo observatur *l. 11. §. 8. §. l. 17. D. d. t.* Me præ-
terea movet, quod corrupto fructuario servo, fru-
ctuarius competit utilis actio servi corrupti, sicut
damno injuria dato, fructuario permittitur utilis
Legis Aquiliæ actio *d. l. 11. §. 10.* Detur ergo &
bonæ fidei possessori eodem modo utilis servi cor-
rupti actio. Aliquis dicat, hanc interpretationem
refelli *d. l. 1. §. 1. h. t.* utique non convenire pro-
prietati vocis, *Quia*, passim causam indignantis.
Sed videamus; ne hic possit accipi pro *ubi*; & indi-
cium aut effectum significare. fateor: dura est hæc
interpretatio: Sed ego duram malim, quam fal-
sam. quid, si aliquam meæ auctoritatem addat Au-
gustinus, lib. xi. *De civitate Dei* c. 14. vocem,
Quia, simili modo accipiens in aliquibus Sacræ
Scripturæ locis, præter usitatam formam. verba Au-
gustini hæc sunt. *Subjecit autem indicium, quasi qua-
sifsemus unde ostendatur, quod in veritate non steterit,
atque ait: Quia non est veritas in eo. Effet autem
in eo, si in illa steterit. Locutione autem dictum est
minus usitata. Sic enim videtur sonare: In veritate
non stetit, quia non est veritas in eo, tanquam ea
sit causa, ut in veritate non steterit, quod in eo veri-
tas non sit: cum potius ea sit causa, ut in eo veritas non
sit, quod in veritate non stetit. Sed ista locutio est &
in Psalmo, ut ait: Ego clamavi: quoniam exau-
disti me Deus: cum dicendum fuisse videatur: Ex-
audisti me Deus, quoniam clamavi. Sed cum
dixisset, Ego clamavi: tanquam ab eo quære-
retur, unde se clamasse monstraret, ab effectu
exauditionis Dei clamoris sui ostendit affectum,
tanquam diceret: Hinc ostendo clamasse me, quo-
niam exaudisti me.* Ab Augustino petamus ex-
emplum illustrandi hæc Ulpiani verba: *Nec ip-
se poterit servi corrupti agere: quia nihil ejus inter-
est, servum non corrumpi.* Ulpianus vult, si
quæretur, an bonæ fidei possessor, corrupto
servo, quem bona fide emit, agat aut non agat
actione servi corrupti, ex eo sumi indicium,
utrum intersit ejus, servum corrumpi, aut non
corrumpi. Restat postremus versus; *d. l. 1. §. 1.*

Et sane, si quis hoc admisserit, eveniet, ut duobus actio servi corrupti competat, quod est absurdum. Quid hoc versu denuncietur, plane me fugit, ne video quidem ab aliis, quid ex solido adferri ad intellectum, ita vereor; ne is versus non sit Ulpiani; sed Interpretis, quid dicat, non intelligentis. primum quamdiu dominus ignoratur, bonæ fidei possessor pro domino habetur. idem, ubi apparet dominus, desinit esse & dominus & possessor bonæ fidei. deinde cur sit absurdum, duobus, quorum interfit, non corrumpi servum, adversus corruptorem competere servi corrupti actionem? pone, corrumpi fructuarium servum: domini propter proprietatem, fructuarii propter usumfructum, interesse, id non fieri: an est causa, cur non sit utrique jus, suam injuriam in judicio exequi? quid si præterea apud Ulpianum l. 1. §. ult. D. de injuriis sic extat? Idem ait Neratius ex una injuria interdum tribus oriri injuriarum actionem, neque ullius actionem per aliam consumi: ut puta uxori meæ filiafamilias injuria facta est: & mihi & patri ejus, & ipsi injuriarum actio incipiet competere.

Injuncta modo mentio de fructuario servo, monet me; ut plenius agam, quid juris sit, eo corrupto vel a domino proprietatis, vel ab ipso fructuario, vel a tertio. prima quæstio erit, si dominus proprietatis corruperit servum, in quo meus sit ususfructus; an mihi adversus eum competat actio servi corrupti. facit hinc, quod suum corrumpit servum. inde, quod ego habeo jus utendi fruendi servo; ex eoque confessoriam in rem actionem. itaque interest mea, servum illum non corrumpi, propter usumfructum, id est, jus dominio non absimile. Dabitur igitur mihi adversus te non directa actio ex Edicti verbis: quia non sum dominus fructuarii servi: sed utilis ex Edicti sententia; quia ut non sim servi dominus; at in eo habeo jus dominio proximum. sic Ulpianus l. 9. §. 1. D. h. t. idemque esse ait; si forte alius eum receperit, vel corruperit. quid, si servus a me factus sit deterior? ait Ulpianus, posse te, qui es dominus servi, mecum experiri actione directa. Non minus placet hoc Pauli l. 14. §. 3. d. t. si servus, in quo habeo usumfructum, servum meum corrumpat, fore mihi actionem cum domino proprietatis.

Occurrit hic & alia deliberatio de servo pignori dato: de quo sic Paulus: *Pignoris dati nomine debitor habet hanc actionem l. 14. §. 4. h. t.* Explicationem non addo: aliqua in *Rationalibus* data ab Antonio Fabro, V. CL.

Tempus est, cogitare, ad quid competat servi corrupti actio. Prætoris verba, ad quæ revocanda hæc disputatio, talia sunt, *Quanti ea res erit, in duplum judicium dabo.* Ex his liquet, servi corrupti actionem dari in duplum, quanti ea res erit. Atque hanc regulam hinc collegit Marcianus l. ult. h. t. quæ est ex lib. 4. Regularum: ab eoque mox exceptionem dedit in uxore, constante matrimonio; dicens, favore nuptiarum marito adversus eam servi corrupti tantum in simplum dari actionem: exemplo actionis rerum amotarum: de qua ita Imp. Diocletianus & Maximianus: *Divortii causa rebus uxoris a marito amotis, vel ab uxore mariti, rerum amotarum Edicto perpetuo permittitur actio. constante enim matrimonio neutri eorum, neque pœnalis, neque famosa actio competit, sed de damno in factum datur actio l. 2. C. Rer. amot.* Dat igitur Prætor actionem servi corrupti in duplum, quanti ea res est

adversus corruptorem. & Quia non addit, si inficiatus sit, ut factum in Lege Aquilia: idcirco Ulpianus l. 5. §. 2. Hæc, inquit, actio etiam adversus fatentem in duplum est, quamvis Aquilia inficiantem dumtaxat coercet.

Datur igitur hæc actio, quanti ea res erit, ejus dupli. Sic Ulpianus l. 9. §. 2. h. t. Nec silebo; quod in l. 5. §. 4. h. t. monet, eam referri ad tempus servi corrupti vel recepti, non ad præsens: id est, non ad tempus litis contestatæ. Nec aliter Paulus l. 6. d. t. præteritæ, inquit, utilitatis æstimatio in hoc judicium versatur. Vere, at quomodo? utrum ejus dumtaxat, quod servus in corpore, vel in animo damni senserit, hoc est, quanto vilior servus factus sit; an vero & cæterorum? Eam quæstionem Tribonianus impedit tractat ex Ulpiano & Paulo in l. 9. §. 3. l. 10. & 11. item in l. 14. §. 8. h. t. Artis fuerit, explicuisse. sed primum attingam Ulpiani, deinde Pauli, verba. Ex Ulpiano in d. l. 9. §. 3. hæc sunt. *Sed quæstionis est, æstimatio utrum ejus dumtaxat fieri debeat, quod servus in corpore, vel in animo damni senserit, hoc est, quanto vilior servus factus sit, an vero & cæterorum? Et Neratius ait, tanti condemnandum corruptorem, quanti servus ob id, quod corruptus sit, minoris sit.* Florentiæ editur, *subreptus sit*, sed res postulat, *corruptus sit*; ut est apud Haloandrum. Sequuntur verba d. l. 11. *Neratius ait, postea furta facta in æstimationem non venire. quam sententiam veram puto. nam & verba Edicti, Quanti ea res erit, omne detrimentum recipiunt.* Antonius Faber lib. 5. *Conject. c. 8. pro, Nam & verba Edicti, scribit, Nam nec verba Edicti.* Ego hoc nolim: sed esse confusionem non convenientem ordini sermonis, & interim Veteribus non infrequentem: ut aliquoties observavi a libi. Fuerit igitur quæsitum, quomodo in actione servi corrupti, ut inveniatur duplum quanti ea res erit, facienda sit æstimatio: utrum ejus dumtaxat, quod ipse servus, in corpore vel in animo damni senserit, hoc est, quanto vilior ille factus sit, an vero & cæterorum? Vult vero Ulpianus, (sic conjicio) Neratium putasse, si consistamus intra proprietatem formulæ, *Quanti ea res erit*, corruptorem tanti dumtaxat esse condemnandum, quanti servus ob id, quod corruptus sit, minoris sit. eo quod ea formula non ad id, quod interest, sed ad veram rei æstimationem, refertur l. 179. & l. 193. D. de verb. significat. Verum nihilominus visum Neratio, Prætoris in explicanda ea non stetisse intra proprietatem: sed complexum esse omne, quod actoris interfit, servum non esse corruptum: quapropter in hoc judicium venire æstimationem non modo corrupti servi, sed earum quoque rerum, quas ille secum abstulit: (pariter ut ex Paulo subjicitur l. 10. h. t.) juvatque sententiam l. 11. in qua monet Ulpianus, hanc interpretationem a Neratio restringi ad furta, quæ servus fecerit tempore fugæ: (more, qui notatur l. 36. §. ult. D. de furt. & ab Horatio lib. 1. *Serm. sat. 1. vers. 77.*) furta vero postea facta non æque venire in æstimationem hujus actionis. Hoc a Neratio, ex eoque ab Ulpiano, agi pro certo habeo. itane? si non voluit Neratius, furta tempore fugæ facta in hoc judicium venire: an Neratio fuit causa ab æstimatione hujus judicii excipiendi furta postea facta? at nec Ulpiano sic fuit causa approbandi Neratii sententiam. Istæ res est: Ulpianus Neratium sequutus, censet, in hoc judicio tam æstimari damnum occasione corrupti servi, quam in ejus corpore aut animo, datum: ideoque præter damnum animi aut corporis servi, in hoc judicium etiam venire æstimationem rerum, quas ille

ille secum abstulit : cum præsertim omne damnum dupletur ex Edicti mente ; licet verba aliud suadeant. Ulpianus in *d. l. 11*, rem sic exprimit : *Nam & verba Edicti*, Quanti ea res erit, omne detrimentum recipiunt. Manifesta est in hoc versu Synchusis : non enim cohæret hic cum versu proxime præcedente ; sed intellectu debet referri ad tradita in fine *d. §. 3. l. 9.* ac nisi desint ibi quædam, (quod prope existimo) vocem, *Nam*, acceperim non pro causali ; sed pro præterea aut simili. Sic fiet Ulpiani sensus : Prætor quidem in Edicto dixit, se daturum actionem Quanti ea res est ; sed ea verba sic accepta sunt, quasi dixisset, se daturum actionem ad omne quod domini interfit, illum servum non esse corruptum. Venit igitur ex Prætoris mente in hoc iudicium non modo æstimatio corrupti servi, quatenus attinet ad damnum animi & corporis ejus ; sed etiam rerum, quas secum abstulit : quia omne damnum duplatur. Neratius tamen ait, postea furta facta in æstimationem non venire ; veramque esse eam sententiam, & ipse puto, sitque exemplum in *§. 1.* Servo persuasi, ut chirographa debitorum corrumpat. videlicet tenebor. Sed si consuetudine peccandi postea & rationes cæteraque similia instrumenta subtraxerit, vel interleverit, deleverit : dicendum erit, corruptorem horum nomine teneri. Quo modo exposuit Ulpianum : eo aggrediar Paulum. jungam certe *l. 14. §. 8.* cum *l. 10. h. t.* ut sunt ex eodem Pauli lib. 19. Ad Edictum. verba *d. §. 8.* *Æstimatio autem habetur in hac actione, quanti servus vilior factus sit, quod officio iudicis expedietur.* Sic Paulus, atque ex verbis Edicti, *Quanti ea res erit*, ipsa servanda, si nihil præterea interfit, quia nihil secum abstulit servus. alioquin ex ejus mente æstimatur omne quod domini interest. Non est quod dubites. ipsum audi Paulum *d. l. 10.* sic ait : *In hoc iudicium, etiam rerum æstimatio venit, quas secum servus abstulit : quia omne damnum duplatur. neque intererit, ad eum perlata fuerint res, an ad alium : sive etiam consumptæ sunt. etenim iustus est, eum teneri, qui princeps fuerit delicti, quam eum queri, ad quem res perlata sunt.* Non ad hæc sublitit Paulus ; sed in *d. l. 14. §. 6.* *His consequenter, inquit, & illud probatur, (ut) si servo meo persuaseris, ut Titio furtum faciat, non solum in id tenearis,*

quo deterior servus effectus est, sed & in id, quod Titio præstaturus sim. Pergit in *§. 7.* *Item non solum, si mihi damnum dederit consilio tuo, sed etiam, si extraneo, eo quoque nomine mihi teneris, quod ego Lege Aquilia obnoxius sim : aut si ex conducto teneor alicui, quod ei servum locavi, & propter te deterior factus sit, teneberis & hoc nomine. Et si qua talia sint.*

Ut faciam finem explicandi Edicti, subducam summam demonstratæ naturæ actionis servi corrupti. Vix opus habeo admonere, eam esse pœnalem, quia sic Ulpianus *l. 13. h. t.* Mitto Ulpianum : quando ex Edicto constet, dari in duplum *l. 1. h. t.* & sine discrimine ; cum in Lege Aquilia, ut in duplum fiat condemnatio, inficiatio desideretur. Est igitur pœnalis, non tamen mere, ut actio furri ; sic enim duplum foret extra rem. nunc petit duplum, quanti interest, *l. 9. §. 2. h. t.* & est mixta, partim persecutoria rei, partim pœnalis. id Paulus *l. 14. §. 5. d. t.* his exprimit verbis : *In hac actione non extra rem duplum est. id enim quod damni datum est duplatur.* Sic Florentiæ editur, apud Haloandrum est, *In hac actione extra rem duplum est.* Sed retinenda est Florentina lectio, quod animadvertit Antonius Augustinus lib. 1. *Emend. c. 2. p. 14.* Est igitur actio servi corrupti rei persecutoria ex parte actoris, etsi pœnalis sit ex parte rei. Inde ait Ulpianus *l. 13. h. t.* quod heredi quidem cæterisque successoribus datur, sed adversus heredes non datur. Aliquis putet, hinc etiam fieri, ut non sit temporaria, sed perpetua, licet sit Prætoria. Sed non est ita : nam in his, quæ ex parte rei sunt pœnales, etsi ex parte actoris sint rei persecutoriæ, aliter observari, est traditum sub Titulo, *De alienatione iudicii mutandi causa.* Putemus igitur, aliam esse causam : cur Ulpianus *d. l. 13.* hanc actionem esse dicat perpetuam, non temporariam. Quam, obsecro ? forte quod est facta ad exemplum alicujus civilis actionis, puta, Legis Aquiliæ, furti, aut similis : sicut in actione furri manifesti, aliisque observatur *pr. Inst. De perpet. & tempor. act. l. 7. §. ult. D. Naut. caup. stab.* Sed hoc jam incidit Theodoro Marcilio ad *pr. Inst. De perpet. & temp. act. D.* etiam Vinnius ad eum locum in fine observat, actionem adversus publicanos, quamvis prætorica & pœnalis sit, tamen perpetuo competere *l. 13. §. ult. D. de publican.*

TITULUS IV.

De fugitivis.

Hoc & sequente Titulo ponuntur duo exempla corrumperendi servi : unum est hortatio ad fugam, aut receptio & præstatio refugii : alterum est hortatio ad lusum aleæ. Præsens Titulus est *De fugitivis*. distinguitur autem fugitivus ab errone in *pr. & §. 17. l. 17. D. de Edilit. Edict.* nam fugitivus quidem dicitur, qui extra domini domum fugæ causa, quo se a domino celaret, mansit : erro vero, qui non quidem fugit, sed frequenter sine causa vagatur, & temporibus in res nugatorias consumptis, serius domum redit. Sic alias. sed hoc Titulo Ulpianus *l. 1. §. 5.* fugitivum & errone accipit pro iisdem. ait etiam, ex fugitiva natum pro fugitivo non haberi.

Nunc, quod hoc Titulo agitur, indicemus obiter. fere huc spectat ; ne quis servum fugitivum celet, recipiatve : posita pœna, si contra factum sit, præterea traditur officium Magistratum municipalium

in inquirendis, custodiendis, & transmittendis fugitivis. Hæc summa *l. 1.* desumptæ ex Ulpiani lib. 1. Ad Edictum : in quo eum jurisdictionem atque officia municipalium Magistratum exposuisse, alibi monui.

Quod ad ipsos attinet fugitivos, ait Callistratus *l. 2. h. t.* si pro liberis gerant se, gravius coercendos : simplices fugitivos dominis reddendos. quid, si dederint se in arenam ? idem dicendum : non modo ante pugnam, sed post eam quoque. nec interest, utrum cum hominibus, an cum bestiis depugnaverint. quod si deprehendantur, cum ad barbaros tranteunt : placet Constantino, aut pede amputato debilitari, aut metallo dari, aut qualibet alia pœna affici *l. 3. C. de serv. fugitiv.*

Alia de fugitivis & fugitivariis Cujacius lib. 21.

Observ. c. xi. quæ ibi videri possunt.

TITULUS V.

De aleatoribus.

Secunda species corrumpendi servi est persuasio, ut ludat alea: cuius studium annumeratur vitiiis animi servorum *l. 25 §. 6. D. de Edictio Edicto. l. 26. D. de injuriis*. Sic apparet ordo & ratio Tituli *De aleatoribus*. Est autem alea, lusus omnis pendens ab incerto fortunæ eventu. is lusus (ut refert Servius ad Virgilium *lib. 2. Aeneid. vers. 80.* & Salmasius ad Vopiscum *Proculop. 744.*) est a Palamede bono publico inventus ad Trojam, militibus per otium ad seditionem spectantibus ob desiderium patriæ. est vero is lusus natura indifferens, neque per se bonus, neque per se malus. tantum usu & modo huic aut illi proximior. ita ratio publicæ utilitatis aleæ lulum jure civili improbavit, tamquam perniciosum. Testis Horatius *lib. 3. od. 24.* & Justinianus *l. 3. C. h. t.*

De aleatoribus extant in *l. 1. D. h. t.* duo Edicti capita. prioris verba hæc sunt. *Si quis eum apud quem alea lulum esse dicetur, verberaverit, damnumve ei dederit, siue quid eo tempore domo ejus subtractum est, judicium non dabo.* Ita legendum, domo ejus, etsi Florentiæ extat, *dolo ejus*. apparet ex *l. 1. §. 2. D. h. t.* ubi ea vox exponitur. Alterum caput est tale. *In eum qui alea ludenda causa vim intulerit, uti quæque res erit, animadvertam.* *d. l. 1. pr.* Præter hæc duo capita fuit & tertium: nam ejus mentio *l. 4. §. ult. D. eod. tit.* eoque videtur Prætor victo permisisse conditionem ejus quod victor aleæ lulu sit consecutus.

Quod ad primum capitulum attinet: eo negat Prætor, judicium se daturum: si quis verberaverit eum apud quem alea lulum esse dicatur, aut ei damnum dederit: item si quid eo tempore domo ejus subtractum sit. & notandum, Prætorem de susceptore tantum loqui, non etiam de susceptis. Si igitur rapinas inter se fecerint collusores, non denegabitur vi bonorum raptorum actio. Atqui hi quoque poterant indigni videri, qui a Prætore vindicentur. Sed (quod observat Ulpianus *d. l. 1. §. 1.*) Prætor susceptorem dumtaxat prohibuit vindicari; non & collusores, quamvis & hi indigni videantur. Item notandum, inquit Ulpianus *d. l. 1. §. 2.*; quod susceptorem verberatum quidem & damnum passum ubicumque & quodocumque non vindicat, verum furtum factum domi, & eo tempore quo alea ludebatur, licet lusor non fuerit, qui quid eorum fecerit, impune sit. Addit Ulpianus, oportere nos in Edicto domum accipere pro habitatione & domicilio. Quærit autem, quum Prætor negat, se daturum furti actionem, utrum solum respiciat ad pœnalem actionem, an & si ad exhibendum agere, vel vindicare, vel condicere velit? Et ait, esse relatum apud Pomponium, solummodo pœnalem actionem denegatam. at id non esse verum: præfatus, quod Prætor simpliciter ait, Si quid subtractum erit, judicium non dabo *d. l. 1. §. 2.* Est notabilis hæc Prætoris severitas; attamen non inaudita civili Jure. nam & alibi fit, ut aliqui tam viles putentur, ut oporteat eos esse infra omnem legum curam. exemplum *l. 29. C. Ad legem Juliam de adulteriis* est & aliud apud Valerium Maximum *lib. 7. c. 7.* ubi loquens de decreto Q. Metelli Prætoris urbani, qui lenoni denegavit bonorum possessionem secundum Juventii tabulas: *Vir, inquit, nobilissimus &*

gravissimus fori ac lupanarès separandam conditionem existimavit: nec aut factum illius comprobare voluit, qui fortunas suas in stabulum contaminatum projecerat, aut huic tamquam integro civi jura reddere, qui se ab omni honesto vitæ genere abruperat. Eodem modo Quintilianus, *Declam. 385.* *Quamquam ut fecerim damnum, inquit, merito tibi relata talio est, propter quem damna omnes faciunt, leno est publicum damnum.* Tantum de primo capite.

Secundo ait Prætor, *In eum qui alea ludenda causa vim intulerit, uti quæque res erit, animadvertam.* Hæc clausula, inquit Ulpianus, pertinet ad animadversionem ejus qui compulit ludere, ut aut multa multetur, aut in lautumias, vel in vincula publica ducatur *l. 1. §. ult. D. h. t.* nempe, quia solent quidam & cogere ad lulum vel ab initio, vel victi, dum retinent *l. 2. D. eod.* Lautumia autem appellatione carcerem significari, mihi probabile est: quia hujus potestatem habebat Prætor jure mixti imperii *l. 2. D. de in jus vocand.* Non me fugit, ea voce lapidicinas significari apud Plautum *Capteiv. 3. 5. 65.* Sed hoc modo hic ab Ulpiano accipi, non suadeam: cum Prætori, destituto jure meri imperii, non competat damnatio ad metallum. melius igitur & verius intelligitur carcer: sic appellatus Syracusis; teste Asconio in *Verrem De pratur. urban. pag. 72.* eoque exemplo etiam Romæ, & alibi: ut apud Livium *lib. 26. c. 27. & in l. 9. D. Quib ex caus. major.* in qua mentio parietum lautumiarum quibus teneantur inclusi. Sed de lautumiis plura Franciscus Polletus *lib. 5. Hist. For. Rom. c. 14.* & nuper Collega meus, Jacobus Perizonius, *Not. ad Ælium lib. 12. c. 44.*

Tertio Edicti capite permittitur a Prætore soluti conditio tamquam indebiti: improbo aleæ titulo. olim dabatur repetitio in quadruplum: ut Asconius Pedianus refert in *Divinat. in Verrem*, scilicet, quia aleæ lulum, Ovidio teste, *Erat ad nostros non leve crimen avos.* sed ex hoc Edicto est tantum repetitio in simplum. Superioribus consequens est; ut, si victo datur repetitio ejus quod solvit, nec victori danda sit petitio ejus quod vicit: certo, quod cui damus actionem ad repetendum, ei si conveniatur, multo magis damus exceptionem *l. 1. §. 1. D. Quarum rerum actio, non datur.* fac: (quod apud Veteres æque fiebat atque hodie) aliqui luserunt non apposita pecunia, sed apposisis lupinis: ea lege, ut quot lupina amittantur, pro eis tot reddantur nummi: quo forte respicit illud Horatii *lib. 1. Epist. 7. vers. 23.*

Nec tamen ignorat quid distent æra lupinis.

Sed clare hæc vetat Justinianus *l. 1. C. h. t.*

Datur igitur victo soluti conditio: ac si servus aut filiusfamilias alea victus, solverit: jam domino aut patri dabitur conditio, quasi per servum ei quæsitæ *l. ult. D. h. t.* simili ratione, si servus aut filiusfamilias vicit, dabitur in dominum aut patrem actio, quatenus in peculium venit, non noxalis, quia est ex negotio gesto, non ex delicto *d. l. ult.*

Quod si pater aut patronus vicerit: etiam adversus eos dabitur actio, sed in factum utilis: non hæc formula, Quod in ea alea lulum erit, quia suggillat famam patris aut patroni. datur igitur in factum utilis

utilis sine aleæ mentione *d. l. ult.* ut & alibi observatum *l. 11. §. 1. D. de dolo malo.*

Porro si victus ipse non repetat quod amisit: permittitur ei qui volet, repetere, ac si nemo sit, qui repetat, repetendi jus est Episcopo, aut fisci Procuratori: nec est præscriptio, nisi quinquaginta annorum *l. 1. §. 3. C. h. t.*

Sed, puto, apparet aleam, tamquam vanam atque inutilem rebus humanis, jure nostro improbari, si pecunia ludatur: nam Senatusconsultum (ut Paulus ait *l. 2. §. 1. h. t.*) vetuit, in pecuniam ludere, plane (quod idem refert Paulus *l. ult. cod.* quæ est conjungenda cum *d. l. 2. §. 1.* sicut olim cum ea cohasit: monente utriusque Inscriptione) *Quod in convivio vescendi causa ponitur, in eam rem alea ludere permittitur.* Sic legendum, *alea*: Florentiæ est, *familia*: sed nullo sensu. Amplius ait Paulus *d. l. 2.*

§. 1. quod Senatusconsultum vetuit, in pecuniam ludere; præterquam si quis certet hasta, vel pilo jaciendo, vel currendo, saliendo, luctando, pugnando. & hanc adfert rationem Paulus: quod virtutis causa fiat.

Addit Marcianus *l. 3. h. t.* quod in his rebus ex Lege Titia & Publicia & Cornelia etiam sponsionem facere licet. sed ex aliis, ubi pro virtute certamen non sit, non licet.

Hactenus de vera alea. est & quasi alea. ea etsi non sit a periculo vacua, tamen non est inanis & vana. eoque jure non improbatur: quia usibus humanis opportuna est: cum illa vera tantum fortuna, nulla civili ratione, constet; & interim periculosam, noxiamque habeat oblectationem. quæ de re dixi quædam *lib. 2. De fœnore & usuris c. 7.*

usuris c. 7.

* * *

TITULUS VI

Si mensor falsum modum dixerit.

Hic Titulus possit haberi pro appendice Tituli, Finium regundorum: in quo solebat mensor adhiberi lite de finibus inter affines nata. idem fiebat in emptione & venditione: volente emptore & venditore, scire modum agri, pretio proportionem constituendo. Hæc pro causa ordinis Tituli. Nunc Edictum accipe. id sic concinno. *Si mensor agri falsum modum dixerit, aut cujus alterius rei mensuram falsam, dolo malo renunciasset dicatur, ei cujus intererit id non fieri, adversus eum in factum actionem dabo.* In hoc Edicto Prætor pollicetur actionem in factum adversus mensorem agri falsum modum, aut cujus alterius rei falsam mensuram, dolo malo renunciantem. Quam ob causam? Ulpianus *l. 1. h. t.* ait, non oportere nos ab eo falli: nam interesse nostra, ne fallamur in modi renunciatione, si forte sit de finibus contentio; vel emptor vel venditor velit scire, cujusmodi ager veniat. ait vero Ulpianus, hanc actionem ideo fuisse necessariam: quod hujusmodi mensor non erat civiliter obligatus ex locato aut conducto, etsi promissa ei pro opera certa pecunia: exemplo cæterarum artium liberalium, intra notas & literas consistentium: de quibus dixi infra sub Titulo *Mandati vel contra*, & sub Titulo, *Locati conducti*. Ita est: olim, cum incideret quæstio de modo agri, adibatur ad aliquem artis ejus, quæ liberalis habebatur, peritum, ab eo opera gratis præstita, videbatur beneficii loco præberi, quod si aliquid pro ea daretur; id putabatur dari ad remunerandum: atque inde non merces, sed honorarium, appellabatur; & proprio nomine pulveraricum. notat Cujacius *lib. 4. Observ. c. 18.* & Jacobus Gothofredus *ad l. 16. Cod. Theod. de tironibus lib. 7. tit. 13.* proinde, si imperite aut negligenter versatus dicatur mensor: vult Ulpianus *d. l. 1. §. 1.* eum qui talem adhibuit, sibi imputare debere: mensori sufficere, quod potuit, egisse bona fide, cæterum, decipere amicum specie beneficii non debuisse; ideoque visum esse, satis abundeque coerceri mensorem, si dolus malus solus conveniatur ejus hominis qui civiliter obligatus non esset actione locati aut conducti.

Proponit igitur Prætor in hoc Edicto, actionem in factum, si mensor falsum modum dixit. Vocat autem modum quod est spatium, mensura dicitur *l. 40. D. de contrah. empt.* Non tamen semper Præ-

tor hanc actionem dat, si mensor falsum modum renunciavit; sed si eum renunciavit dolo malo. culpam Prætor non attingit. igitur culpæ nomine non tenetur mensor, præterquam lata: quia hæc plane dolo comparatur; sive mercedem pro opera accepit mensor, sive non accepit: nam, ut dictum, magis honorarium est, quam merces; eoque non locatio operæ, sed donatio, habetur *d. l. 1. §. 1.*

Tenetur igitur hac actione mensor qui falsum modum renunciavit dolo malo. Renunciasset vero accipere debemus eum qui per se verbis renunciavit, etiam qui per alium renunciavit *d. l. 1. §. 2.* vel per literas *l. 2. h. t.* non enim distinguit Prætor. De eo quæsitum fuit, si ego tibi, cum esses mensor, mandaverim, ut ageres mensuram agri (hac locutione utitur etiam Plinius *lib. 2. Hist. nat. c. 1.*) & tu id Titio delegaveris, & ille dolo malo quid in ea re fecerit, an tu eo nomine tenearis? Paulo *l. 2. §. 1. h. t.* placet, te teneri: quia es dolo malo versatus qui tali homini credidisti. Obtinet igitur hæc in factum actio; si mensor falsum modum dolo malo renunciavit. quid, si non renunciaverit falsum modum: sed magis traxerit renunciationem, & ob hoc evenerit; ut venditor læderetur: (sic postulat sensus, Florentiæ editur, *liberetur*: sed *læderetur* ab ingenio restituit Zoannetus, & hanc conjecturam postea ope Basilicorum confirmavit Jacobus Cujacius *lib. 7. Observ. c. 35.*) si, inquam, ob hoc evenerit, ut venditor læderetur qui ad signaturum se modum intra certum tempus promissit. (ut est talis casus *l. 40. D. de contrah. empt.*) ait Ulpianus *l. 5. D. h. t.* cessare hanc actionem: & addit, nec utilem dari debere ex sententia Pomponii. quia, ut traxerit modi renunciationem, tamen verum dixit modum: cum Prætor de falso loquatur. quid ergo est? ait Ulpianus, eo quod dissimilis est is casus, fore decurrendum ad actionem de dolo.

Cæterum latius porrexit hoc judicium, Prætor. nam, ut observat Ulpianus *l. 5. §. 2. h. t.* etiam si cujus alterius rei mensuram falsam quis renunciavisse dicetur, hæc actio competit. Mensura autem (ut intelligitur ex Variis Auctoribus, *De mensuris*) est, quidquid pondere, capacitate, longitudine, latitudine, altitudine, animoque finitur. Pro-

inde mensor & si in ædificii mensura (Mensoris ædificiorum memoria apud Reinesium *Class.* 1x. *Inscr.* 85.) fefellit, vel in frumenti, vel vini, sive de itineris latitudine, sive de servitute immittendi, projiciendique quæratur, sive aream, vel tignum, vel lapidem metiendo mentitus fuerit, vel cujus alterius rei: tenebitur. Et si mensor machinarius (de hoc late Budæus, *Annot. ad Pand.* p. 232. & seq. meminit quoque ejus Lapis apud Reinesium, *Class.* vii. *Inscr.* 16. & alius apud Gruterum pag. 99. *Inscr.* 1.) fefellerit, hæc actio dabitur. Nec non illud quoque Pomponius dicit, etiam in eum, qui ut non fuit mensor, fefellit tamen in modo, hanc actionem competere. Hoc exemplo etiam debet adversus architectum, qui fefellit, actio dari. nam & D. Severus adversus architectum & redemptorem actiones dandas decrevit. Ulpianus etiam adversus tabularium, qui in computatione fefellit dandas esse actiones putat *d. l. 5. §. 2.*

Non sufficit, sciri, quando detur in factum actio: nisi præterea sciatur, ad quid detur. apparet autem, dari ad id quod ejus cui falsa nocuit renunciatio, inter sit, sic non esse factam. Sic prorsus Ulpianus *l. 3. §. 1. h. t.* convenienter Edicto: *Competit*, inquit, *hæc actio ei, cujus interfuit falsum modum renunciatum non esse, hoc est, vel emptori vel venditori, cui renunciatio offuit.* Proinde, si nihil inter sit ejus cui renunciatio facta sit, etsi falsa: cessat actio, & sunt exempla satis multa atque elegantia in *d. l. 3. pr. §. 2. 3. 4. & l. 5. §. 1. h. t.*

Eadem opera intelligitur, cui competat hæc in factum actio, ultro enim liquet, non competere alii, quam cujus interest, non esse sibi a mensore renunciatum modum falsum. is vero (ut modo traditum ex *d. l. 3. §. 1.*) est vel emptor vel venditor cui offuit renunciatio.

Non major labor est, demonstrare, adversus quem hæc actio competat: eum præsertim conve-

niat actioni in factum quæ est in personam, eam competere adversus mensorem qui falsum modum, falsamve mensuram, dolo malo renunciavit, adversario offuit, idque extra dubitationem est: si ipse renunciavit falsum modum. Sed quid, si ego, cum esses mensor, mandaverim tibi, ut mensuram agri ageres, & tu Titio delegaveris, & ille dolo malo quid in ea re fecerit? ait Paulus, te teneri: & causatur, quia dolo malo versatus es qui tali homini credidisti *l. 2. §. 1. h. t.*

Indicavi eum cui & adversus quem detur hæc in factum actio. at nec heredes præteriri, fas est. De his sic Ulpianus *d. l. 3. §. 5.* *Hanc actionem heredi similibusq; personis dandam, Pomponius scribit. sed in heredem simileque personas denegandam ait.* Utrumque vere. nam quod ait, heredibus hanc actionem dari, hac ratione nititur: quod ea actio pœnalis quidem est ex parte mensoris; nam is ea punitur: sed interim est rei persecutoria ex parte actoris: petentis id quod ei de patrimonio abest. tales vero actiones heredibus dari, explorati juris est. Nec alia fuit ratio; cur Ulpianus nolit, eam dari adversus heredem, cum enim concepta sit in dolum mensoris, & hunc puniat; non putavit Ulpianus, eam dandam esse adversus heredem: qui non fuit doli particeps. quod valde probo. Nec tamen me fugit, posse hinc incurere difficultatem: quærentibus, quamdiu duret proposita in factum actio, nam si in dolum concipitur, & factum punit, ut modo demonstratum, possit metui; ne annalis sit hæc actio: quomodo in ejus generis actione Prætoria respondit Ulpianus *l. 9. §. 1. D. Quod falso tutore auctore*, & generaliter de talibus Paulus *l. 35. D. de oblig. & act.* Sed hunc scrupulum opportune nobis idem exemit Paulus *l. 4. h. t.* attestatus; quod *hæc actio perpetua est.* & hac utitur ratione, quæ est vera & pulchra: *Quia initium rei non a circumscriptione, sed a suscepto negotio originem accipit.*

TITULUS VII.

De religiosis, & sumptibus funerum, & ut funus ducere liceat.

Partes Rubricæ tres sunt: una de religiosis; altera de sumptibus funerum; tertia, ut funus ducere liceat. Prima pars est de religiosis, nempe locis. De his sic ait Marcianus *l. 6. §. 4. D. de rerum divisione.* Religiosum locum unusquisque sua voluntate facit, dum mortuum infert in locum suum. Marcianus, ut religionem accipiat locus, duo desiderat: primum est, ut mortuus in eum inferatur; alterum, ut a loci domino inferatur. primum sustinet, locum non fieri religiosum destinatione aut proposito inferendi mortui, sed mortui demum illatione. Cicero *lib. 2. De legibus c. 22.* sic exprimit: *Præquam in os injecta gleba est, locus ille, ubi crematum est corpus, nihil habet religionis: injecta gleba tum & ille humatus est, & sepulchrum vocatur, ac tum denique multa jura religiosa complectitur.* Cicero consentit Ulpianus *l. 2. §. 5. D. h. t.* Sepulchrum esse, inquiens, ubi corpus, ossa hominis condita sunt. Unde consequens est, *νεκρωδείο*, sive monumentum memoriæ causa factum, quamdiu inane est, nondum illato corpore integro, aut reliquiis, ubi id ultimum fuit pro more illius temporis, non esse sepulchrum, nec religiosum, sed illato corpore aut illatis reliquiis, demum sepulchrum esse incipere, & religiosum fieri *l. 42. D. h. t.* Atqui

apud Marcianum sic legitur *d. l. 6. §. ult. D. de rer. divis. Cenotaphium quoque magis placet locum esse religiosum.* & ut firmior sit fides, additur; *Sicut testis in ea re est Virgilius.* nimirum *lib. 3. Aeneid. vers. 304. & lib. 6. vers. 150.* Interim subjicitur mox in *l. 6.* ex Ulpiano, *Sed Divi Fratres contra rescripserunt.* Est vero is locus ex ejus *lib. 25.* Ad Edictum: & quia ex eodem libro etiam est *l. 6. §. 1. D. h. t.* non male cum *d. l. 6.* jungantur sequentia *d. §. 1.* verba; *Si adhuc monumentum purum est, poterit quis hoc & vendere & donare. Si cenotaphium sit, posse hoc venire dicendum est: nec enim esse hoc religiosum, Divi Fratres rescripserunt.* Id vero si ita est, quam dabimus causam, ne sit manifesta Marciani & Ulpiani pugna: cum uterque & post Divos Fratres, & eodem floruerit tempore, de conciliatione utriusque agerem serio: nisi id esset jam dudum factum ab Excellentissimis Viris, Andrea Alciato *lib. 10. Parerg. c. 12.* Scipione Gentili *lib. 2. Parerg. c. 12.* Jacobo Gothofredo *Diatrib. De cenotaphio*, aliisque.

Oportet igitur, ut religiosus fiat locus, in eum illatum esse vel corpus hominis mortui, vel ejus ossa. An omnia? fac, in diversis locis esse sepulchrum corpus, vel ossa. Paulus *l. 44. D. h. t.*

Uterque quidem, inquit, locus religiosus non fit: quia una sepultura plura sepulchra efficere non potest. mihi autem videtur, illum religiosum esse, ubi quod est principale, conditum est, id est, caput, cuius imago sit, inde cognoscimur. Sic esse legendum, *cuius imago sit*, bene observavit V. CL. Jacobus Cujacius *lib. 21. Observ. c. 4.* cum vulgo legatur, *cuius imago sit*. Ex eodem principio etiam sequitur, quod apud Ulpianum *d. l. 2. §. 5. b. t.* Celsus ait, *Non totus, qui sepultura destinatus est, locus religiosus fit, sed quatenus corpus humatum est.* Id verum est, sed quid indigiter, explicitum a Viris Doctissimis, Brissonio *lib. 2. Select. antiq. c. 15.* & Kirchmanno *lib. 3. De funerib. Roman. c. 21.*

At Marcianus *d. l. 6. §. 4. D. de rer. divis.* ut religionem accipiat locus, non est contentus illatione corporis aut ossium in eum facta: sed plus postulat, eam esse factam a loci domino. nec sine causa: est enim ille suæ rei moderator & arbiter, etiam in abutendo ab alio igitur in alienum locum, invito domino, fieri illatio non debet: & si fiat, non est religiosus locus: ne alteri per alterum fiat injuria. Ita, si mortuus in alienum locum invito domino inferatur, quid, si eo volente fiat? jam placet, eum religiosum fieri: nulla differentia; utrum ipse dominus mortuum inferat in locum suum; an alius ejus voluntate. quare & si invito domino facta sit illatio, isque factam deinde habeat ratam, adhuc idem dicendum est: quia rati habitio retrahitur, & cum mandato comparatur. Sed hoc clare Justinianus *§. 9. Inst. de rer. divis.* Dominum porro cum dico, non alium intelligo, quam cuius solidum est dominium: id est, in quo alius neque partem habet, neque jus aliquod. nam si pro parte sit dominus, socius, verbi gratia, mortuum invito socio in communem locum purum inferre non potest: in commune vero sepulchrum ei inferre licet, etiam invitis cæteris *d. §. 9.* De fructuario minor dubitatio est, quia non est dominus rei fructuariæ, licet in ea habeat jus ususfructus. imo, si alienus est ususfructus, ne proprietarium quidem, invito fructuario, locum religiosum facere placet: consentiente placet *d. §. 9.* Idem tradit Ulpianus *l. 2. §. 7. D. h. t.* ubi ita interpungo: *Sed & si alius proprietatem, alius ususfructum habet, non faciet locum religiosum nec proprietarius.* Plane addit ibidem Ulpianus, proprietarium, si forte ipsum, qui ususfructum legaverit, intulerit, cum in alium locum tam opportune inferri non posset, religiosum locum fieri, & ita Julianum scribere. Similis quæstio est de loco, qui servit, an & quando eum religiosum facere possit dominus. Item alia, si oppignoratus sit. Sed de his Ulpianus *d. l. 2. §. 8. & 9.* satis clare ac plene. Ex Paulo vero *l. 3.* mox sic subjicitur: Ex consensu tamen omnium utilius est dicere, religiosum posse fieri. idque Pomponius scribit Papinianus plane *l. 43. b. t.* observat, aliquas esse personas, quæ quamquam locum religiosum facere non possunt, interdicto tamen de mortuo inferendo utiliter agunt. Sed de his dicam sequente Titulo *De mortuo inferendo.*

Effectus religionis est: ut locum religiosum eximat humano commercio; itaque is, cum nullius putetur esse, neque dominum habeat, neque vindicari, neque alienari possit.

Dixi, quomodo locus fiat religiosus. addam, quomodo talis esse desinat. Egregie Paulus *l. 44. §. 1. D. h. t.* Cum, inquit, impetratur, ut reliquiæ transferantur, definit locus religiosus esse. Ait, *cum impetratur.* Refert tamen, utrum ad tempus alicubi commen-

data, sive deposita, sint ossa, verbi gratia, donec sepulchrum ædificetur; an sint tradita perpetuæ sepulturæ. priore casu poterat quidem, qui deposuerat, translationem impetrare; ut est tale exemplum apud Gruterum *Corpore Inscriptionum pag. 607. n. 1.* sed non erat necesse impetrare: nam eum ossa transferre propria auctoritate, non prohiberi, traditum a Diocletiano & Maximiano *l. 10. C. h. t.* & locum eo casu profanum manere, Paulus ait *l. 40. D. h. t.* In posteriore casu aliter fuit observatum: nam ut Marcianus scribit *l. 39. d. t.* Divi Fratres admonuerunt, Ne justæ sepulturæ traditum, id est, terra conditum, corpus inquietetur. Et cum possit quæri, quando terra conditum dicatur: ait, videri terra conditum, & si in arcula conditum sit hoc animo, ut non alibi transferatur. Addit, Sed arculam ipsam, si res exigit, in locum commodiorem licere transferre, non esse denegandum. Ut igitur religione liberetur locus, oportet impetrari, si res exigit. A quibus? ab his, quibus permittendi jus est. sic ait Ulpianus *l. 3. §. 4. D. de sepulch. violat.* Esse autem hos in provincia Præsides intelligitur ex *l. 1. C. h. t.* Plinius *lib. 10. Epist. 69.* etiam meminit Proconsulum: Romæ autem vult adiri Collegium Pontificum, aut Principem, tamquam Pontificem Maximum: quos etiam nominat Ulpianus *l. 8. b. t.* ubi ab alio, quam a domino, illata sunt ossa, eaque dominus vult eruere aut effodere. In *l. 14. C. h. t.* dicitur, *Nemo humanum corpus ad alium locum sine Augusti assensibus transferat.* Jacobus Gothofredus ad *l. 7. Cod. Theod. de sepulchro violato* putat, desumptam ex hac lege esse *d. l. 14.* ibique pro *humanum corpus* ex *d. l. 7.* esse legendum, *humatum corpus.* Monui modo, translationem demum impetrari, si res exigit. Trajanus apud Plinium *lib. 10. epist. 70.* dicit propter justas aliquas causas. Et exemplum in *Epist. 69.* quæ est Plinii, propter injuriam vetustatis, aut propter fluminis incursum, hujus etiam mentio in *l. 1. C. h. t.* & apud Paulum *lib. 1. Sentent. tit. 21. §. 1.* Dicit præterea Paulus, reliquias solemnibus redditis sacrificiis per noctem in alium locum transferri. Sed de his adiri suadeam Notas Doctissimi mei Collegæ, Antonii Schultingii, & de omnibus Kirchmannum quoque *lib. 3. De funerib. Rom. c. 25.*

Postquam dixi, quæ sint religiosa loca: age, nunc consideremus, Edicta de his a Prætoribus proposita. sunt autem complura. primum in *l. 2. §. 2.* ab Ulpiano hinc proditur verbis: *Sive homo mortuus, sive hominis mortui, in locum purum alterius, aut in id sepulchrum, in quo jus non fuerit, illata esse dicentur: qui hoc fecit, in factum actione, & poena pecuniaria subjicietur.* In hoc Edicto proponitur actio in factum. quando? si homo mortuus, sive hominis mortui, illata sint in locum alterius purum, aut in id sepulchrum, in quo jus non fuerit. Cum Prætor ait, *Homo*; nec distinguit hominem: observat Ulpianus, ea appellatione cum liberum, tum servum, complecti. *d. l. 2. pr.* Cum vero homini mortuo adjungit *ossa hominis mortui*; puto, per hominem mortuum designat cadaver integrum; & per ossa hominis mortui ossa & cineres, seu reliquias, in urnam collectas combusto corpore, Veterum more. hac ratione in *l. 42. b. t.* legimus, *corpus vel reliquia*: ut hic & *§. 5. d. l. 2. corpus & ossa.* quod animadvertit Jacobus Gutherius *lib. 3. De jur. man. c. 23. pag. 536. & seq.*

Locum porro Ulpianus *d. l. 2. §. 1.* in Edicto accipit, sive in agro, sive in ædificio: sepulturis in agro fieri solitis, plerumque circa vias publicas, aliquando in mediis possessionibus. qua de re Johannes Kirchmannus, *V. Cl. lib. 2. de funerib. Rom. c. 22.* Sed Ulpianus *d. §. 1. l. 2.* in explicatione *Locum* non tantum agri meminit, verum etiam ædificii: quia ædificia & domunculæ sepulchris & monumentis imponebantur. Res frequens in Inscriptionibus; & annotata a Jacobo Gothofredo ad *l. 4. Cod. Theod. de sepulchro violato*, & Jacobo Gutherio, *De jur. man. lib. 2. c. 20.* quibus addi potest Kirchmannus *lib. 3. c. 15.* At non fuit contentus Prætor, *Locum* dixisse: addidit, *Purum*. Dicitur autem purus locus, qui neque sacer, neque sanctus, neque religiosus est: sed ab hujusmodi nominibus vacare videtur *d. l. 2. §. 4. h. t.*

Sequitur in Edicto, *In locum purum alterius*. Ad hæc verba sic scribit Ulpianus *d. l. 2. §. 1.* *Hic sermo domino dat actionem: non bonæ fidei possessori, nam, cum dicit, in locum alterius, apparet, de domino eum sentire: id est de eo, cujus locus est.* Sic Ulpianus: & fraudi fuit Petro Fabro & Jacobo Gothofredo ad *l. 136. D. de reg. jur.* existimantibus, hanc actionem soli domino dari: bonæ fidei possessori non dari: quasi Lex (cujus mentio in *d. l. 136.*) hic sit impedimento; ne bona fides tantumdem possidenti præstet, quantum veritas. Mihi placet, Ulpianum *d. §. 1. l. 2.* loqui de actione directa ex Edicti verbis: nec idcirco utilem bonæ fidei possessori negare ex Edicti sententia, ac juvat me: quod Ulpianus *l. 8. §. 4. h. t.* hanc accommodat etiam fructuario, vel qui aliquam, id est, aliam quam, servitutem habeat. Verba Ulpiani: *Nec solum domino hæc actio competit: verum ei quoque, qui ejusdem loci habet usumfructum, vel aliquam servitutem.* Et cautatur, *Quia jus prohibendi etiam hi habent.* Sic de fructuario Ulpianus. & quia de hoc eodem plane modo differit Scævola in *l. ult. h. t.* quid ni simile observatum putemus in bonæ fidei possessori: cum & ille habeat jus in re; & propter hoc Publicianam in rem actionem. Sed de talibus jam dictum supra sub Titulo *De servo corrupto*: ubi quæso vide.

Æque obscurum est, quod in *d. l. 2. §. 1. h. t.* porro scribit Ulpianus: *An & socius teneatur, si ignorante socio intulerit, tractari potest? est tamen verius, familia erciscunda, vel communi dividundo conveniri eum posse.* In his verbis possit quæri, quid designet interrogatio, nulla sequente responsione? At tu puta, Ulpianum significare, socium, si mortuum ignorante socio in communem locum intulerit, actione in factum teneri. Formulæ tales affirmandi per interrogationem, non sequente responsione, nostris frequentes sunt, & alibi eas notavi aliquoties. In præsentem vero calu competere in factum actionem, ipse de quo quærimus, Ulpianus auctor est *l. 6. §. 6. D. Commun. divid.* Præter hanc quæstionem potest in *d. l. 2. §. 1.* etiam esse sequens: utrum in proposito socius tantum in factum actione teneatur, an etiam familiæ erciscundæ, aut communi dividundo? me iudice, hoc mavult Ulpianus: ideoque sic eum accipio, quasi dicat, quamvis socius in proposito actione in factum teneatur; est tamen verius, etiam familiæ erciscundæ, vel communi dividundo eum conveniri posse. Sic sentio: & addam ex *l. 39. D. Pro socio* liquere, Pomponium hoc amplius etiam pro socio actionem adversus eum concedere.

Pergit Prætor: *Aut in id sepulchrum in quo jus non fuerit.* Proprie sepulchrum dicitur in quo

sepultum est hominis mortui corpus: ossuarium, ubi condita sunt hominis ossa. sed Ulpianus *l. 2. §. 5. D. h. t.* sepulchrum accipit latius: ut & ossuarium comprehendat. Illud probo: quod in *§. 6.* sepulchrum distinguit a monumento. Hoc & Florentinus, sed plenius *l. 42. D. h. t.* Verba Florentini: Monumentum generaliter res est memoriæ causa in posterum prodita: in qua si corpus (id est, integrum cadaver) vel reliquiæ (id est, ossa & cineres) inferantur; fiet sepulchrum; si vero nihil eorum inferatur, erit monumentum memoriæ causa factum, quod Græci νεκροτάφιος, id est, inane, sepulchrum appellant. In *d. §. 5.* addit Ulpianus, a Celso sic scribi: Non totus locus qui sepulturæ destinatus est, locus religiosus fit, sed quatenus corpus humatum est. quod observatum esse a Brissonio *lib. 2. Select. antiq. c. 15.* & Kirchmanno *lib. 3. De funerib. Roman. c. 21.* jam supra monui. Dat igitur Prætor actionem in factum, homine mortuo, aut ejus ossibus illatis in alterius locum purum, aut in id sepulchrum, in quo jus non fuerit. quid, si facta sit illatio in alterius arcam lapideam in qua mortuus non erit conditus? proprie non est facta in sepulchrum, neque in locum alterius: & ideo cessante actione directa, danda erit utilis in factum actio: auctore Gajo *l. 7. §. 1. h. t.* Cæterum, quæ sint arcæ lapideæ vel arculæ, ut nominantur *l. 39. D. d. t.* vel sarcophagi, quo nomine designantur *l. 37.* traditum jam a Jacobo Rævardo *lib. 2. Var. c. 4.* nec ago actum.

Porro ait Prætor: *In quo jus non fuerit.* Hæc verba sunt restringenda ad sepulchrum, quod est nullius: cum locus purus alterius esse possit. Ut autem liqueat, cui sit jus mortuum inferendi in sepulchrum; age, dividamus sepulchrorum genera. Sunt autem aliqua quæ quis sibi soli facit, vel sibi & conjugi, vel sibi & certis personis. exempla occurrunt passim in Inscriptionibus Veteribus. In his vero expedita res est, solis esse jus inferendi, quibus id nominatim permissum fuit; aliis non esse. soletque talibus sepulchris apponi pœna vel etiam execratio; si contra factum sit. Præter hæc fuere sepulchra communia, atque ipsa non unius generis: aut enim erant publica, aut privata. publica erant inopum destinata funeribus: quæ culinas vocata fuisse, auctor est Aggenus Urbicus *lib. 1. De limitib. agror. pag. 60.* privata attingit Gajus *l. 5. D. h. t.* dividens ea in familiaria & hereditaria. Hereditaria definit, quæ quis sibi hereditibusque suis constituit. Ex Ulpiano *l. 6.* subjicitur, vel quod paterfamilias jure hereditatio adquisiit. De his hereditariis solis, meo iudicio, in *d. l. 6.* egit Ulpianus: deque his proinde sive a defuncto ipso constitutis, sive a patrefamilias adquisitis jure hereditario, accipiendum est, quod ait Ulpianus, in utroque hereditibus licere sepeliri, & mortuum inferre: quod & placuit Kirchmanno *lib. 3. De funerib. Rom. c. 13.* etsi post Accursium aliud visum Antonio Fabro, *Rationalib.* Heredes autem Ulpianus accipit *d. l. 6.* sive ex testamento sint, sive ab intestato. nec putat, referre, quæ ex parte sint heredes, licet minima: nec magis, utrum consentiant alii, an non. nec tantum hereditibus id jus concedit; sed etiam cæteris successoribus, qualescumque sint: fac, possessores bonorum, & horum exemplo etiam, quibus libertatum conservandarum gratia bona addicta fuerint *l. 4. §. 21. D. de fideicom.*

fideicom. libert. Illud non tacebo, quod heredis appellatione solus venit, qui hereditatem adiit; non etiam cui hereditas ab eo ex fideicommissio est restituta: nam fideicommissarius licet heredis loco habeatur, non est heres. fiduciarius contra, etsi hereditatem restituerit, jure civili heres manet: & ita Paulus l. 42. §. 1. D. Ad Senatusc. Trebell. Simili ratione ait Ulpianus l. 33. D. h. t. Si quis fuit heres, deinde hereditas ablata sit ei, quasi indigno, magis esse, ut penes eum jura sepulchrorum remaneant. Summa est, jus inferendi in hereditaria sepulchra solis competere heredibus, non etiam aliis: præterquam liberis: nam his cujuscunque sexus vel gradus, etiam filiis familias, & emancipatis idem jus esse concessum: siue extiterint heredes, siue sese abstineant. Exheredatos autem, humanitatis gratia sepeliri, non etiam alios, præter suam posteritatem, inferre licere. Hoc, nisi testator specialiter justo odio commotus, eos inferri vetuerit d. l. 6. quale exemplum in testamento Augusti refert Suetonius in *eius vita c. ult.* Libertos autem nec sepeliri, nec alios inferre posse, Ulpianus putat, nisi heredes extiterint patrono, quamvis quidam inscripserint, monumentum sibi libertisque fecisse: & ita Papinianum respondisse, & sæpe constitutum esse. Hactenus de sepulchris hereditariis, de quibus solis in d. l. 6. egit Ulpianus.

Nunc de familiaribus dispiciamus: nam de his ille nihil egit. sunt autem familiaria, ut ex Gajo dixi, quæ quis sibi familiæque suæ constituit d. l. 5. Habet igitur jus in hæc inferendi, quisquis est de familia: non etiam, qui de ea non est, licet sit affinis seu cognatus: nisi sit institutus heres l. 8. C. h. t. illi vero, qui in familia sunt, licet non sint heredes, jus inferendi habent. sed qui extra familiam sunt, ut dixi, etiam habent jus inferendi, si sint instituti l. 13. C. d. t. nam licet pater familias in sepulchri constitutione tantum locutus sit de se & familia sua: cum tamen sibi fecit, etiam de herede qualicumque cogitasse intelligendus est: nimirum, quia per eum repræsentari voluit: hac ratione is, quamquam proprie sit extraneus, tamen perinde quasi in familia esset, haberi debet. De liberris quid dicemus? & his, quasi de familia essent, jus inferendi concedunt Brissonus lib. 2. *Select. antiq. c. 14.* & Kirchmannus d. lib. 3. c. 13. sed aliud visum Antonio Fabro *Rationalib. ad d. l. 6.* & Gutherio lib. 3. *De jur. man. c. 9.* quod mihi magis placet, propter l. 6. C. h. t.

Sequitur in Edicto, *Illata esse dicuntur.* Illatio corporis aut ossium in locum duplex est: una fit hac cogitatione, ut inde alio transferatur: altera, ut ibi sepeliatur, & quasi æterna sede collocetur. de posteriore, quæ sepulturæ causa fit, Prætolem cogitasse, Ulpianus censet l. 2. §. 3. D. h. t.

Sequitur in Edicto: *Qui hoc fecit, in factum actione tenetur, & pœna pecuniaria subjiçietur.* Cave, putes, postrema verba, *Et pœna pecuniaria subjiçietur,* esse Prætoris. non ita est. sunt Ulpiani: Prætoris sensum referentis; ipsum ex parte tantum; non integrum. est hæc una mea conjectura. imo est altera quoque. quæ? ab Ulpiano duas indigitari actiones: unam spectare ad illationem factam in locum purum alterius: alteram ad illationem factam in sepulchrum, in quo jus non fuerit. Quod ad priorem attinet: ad eam in l. 2. §. 1. h. t. extant hæc Ulpiani verba: *Qui mortuum in locum alienum intulit, vel inferre curavit, tenebitur in factum actione.* Ulpianus significat, domino a Prætole promitti actionem

in factum adversus eum, qui in locum purum alterius vel hominem mortuum, vel ejus ossa sepulturæ causa vel ipse intulit, vel inferri curavit. Ad quid? Ulpianus silet: sed Gajus l. 7. d. t. sic scribit: *Is, qui intulit mortuum in alienum locum, aut tollere id, quod intulit, aut loci pretium prestare cogitur per in factum actionem, quæ tam heredi, quam in heredem competit, & perpetua est.* Sic Gajus: & valde observandum, quod non meminit pœnæ. ita meditare subjiçit; quod illa actio tam heredi, quam in heredem competit, & perpetua est. evidente documento, quod ex ejus sententia non est pœnalis.

Hoc: si illato mortui hominis, aut ossium ejus, facta sit in locum purum alterius. at si facta sit in sepulchrum, quo inferenti non fuit jus inferre; alteram proposuit Prætor actionem in factum ei, ad quem res pertinet, adversus eum, qui intulit. ad quid? ut pœnæ pecuniariæ subjiçietur. quam ob causam? mihi talis succurrit: quod sepulchrum, propter religionem exemplum hominum commercio, neque dominum habet, neque æstimationem recipit. Sic fit, ut ille, qui illationem fecit in sepulchrum, non teneatur domino, ut illatum tollat, aut æstimationem pretii præstet: quia sepulchrum est nullius, nec recipit æstimationem: sed teneatur ei, ad quem ea res pertinet, ad pœnam pecuniariam, tamquam reus sepulchri violati: qualem haberi eum, Paulus auctor est lib. 1. *Sentent. tit. 21. §. 6.* Quin ab ipso observatum Ulpiano l. 3. §. 3. D. de sepulchro violato, si quis quamvis heres, in hereditarium sepulchrum forte contra voluntatem testatoris intulit, eum sepulchri violati teneri. Præterea est a Marco l. 9. D. eod. traditum, quod de sepulchro violato actio quoque pecuniaria datur. Mitto Marcum: ipse Prætor. l. 3. pr. d. t. *Cujus, inquit, dolo malo sepulchrum violatum esse dicetur, in eum in factum judicium dabo: ut ei, ad quem pertineat, quanti ob eam rem æquum videbitur, condemnnetur.* Sic liquet, quid intendat Ulpianus d. l. 2. §. 2. h. t. confirmans, Prætolem edixisse, *Qui hoc fecit, actione in factum tenetur, & pœna pecuniaria subjiçietur.* Nam quod de actione in factum dicit, pertinet ad illationem in locum purum alterius factam. quod vero addit de pœna pecuniaria, coërcet illationem factam in sepulchrum, in quo jus non fuerit. Forasan audacior videar: arbitratus, posterioribus Ulpiani verbis indigitari pœnam sepulchri violati, a Prætole propositam in d. l. 3. Sed cogitent eruditiores, ne Edictum de sepulchro violato fuerit hujus præsentis Edicti pars: ideoque hic ponendum explicandumque. Me enim movet, quod utrumque ab Ulpiano est eodem expositum lib. 25. ad Edictum: ut constat ex Inscriptionibus l. 2. D. h. t. & l. 3. D. de sepulch. violat.

Ex eodem libro est etiam Edictum in l. 8. §. 2. h. t. atque, ut mihi videtur, superioris portio. ejus sensum talem prodit Ulpianus: *Si in locum publicis usibus destinatum intulerit quis mortuum, Prætor in eum judicium dat, si dolo fecerit; (&) erit extra ordinem plectendus, modica tamen coërcitione: sed, si sine dolo, absolvendus est.* Quam Ulpianus vocat *Modicam coërcitionem*, sine dubio illa est, quæ dicitur jurisdictioni, seu mixto imperio coherere l. ult. §. 1. D. de offic. ejus. cui mand. est jurisd. Constat illa remediis prætoriiis; id est, mulctæ dictione & pignoris captionem l. 1. §. 3. D. de ventr. inspici. merum enim imperium

perium Præfetti Urbi, non Prætoris, fuisse, jam satis notum est. Recte autem dicit Ulpianus, si dolo fecerit, *extra ordinem* plectendum esse; id est, non dato Judice, sed cognitione Prætoris; alterum enim jure ordinario, alterum *extra ordinem* exerceri, jam olim demonstravi lib. 1. *De jurisdictione & imperio*.

Aliud Edictum ad locum religiosum similiter pertinens ex eodem lib. 25. Ulpiani occurrit in l. 8. §. 1. h. t. in hæc verba: *Si locus religiosus pro puro venisse dicatur, Prætor in factum actionem in eum dat ei, ad quem ea res pertinet, qua actio & in heredem competit, cum quasi ex empto actionem contineat.* Proponitur a Prætore actio in factum, si locus religiosus pro puro venisse dicatur: atque ea datur ei, ad quem ea res pertinet, adversus venditorem ejusque heredem. ad quid? non dicit Ulpianus: sed videtur id, quod interest de, signare: quando dicit, eam continere quasi ex empto actionem: quam ad id, quod interest, competere, certi juris est.

Secunda Rubricæ pars est, *De sumptibus funerum*: de quibus sequens apud Ulpianum l. 12. §. 2. D. h. t. reperitur Edictum: *Quod funeris causa sumptus factus erit, ejus recuperandi nomine in eum, ad quem ea res pertinet, judicium dabo.* Hoc Edictum putat Ulpianus d. l. 12. §. 3. esse iusta ex causa propositum: videlicet, ut, qui funeravit, persequatur id, quod impendit. sic enim fieri, ne insepulta corpora jacerent, neve quis de alieno funeretur. hoc efficit, ne alterius sepultura alteri onerosa sit: illud spectat ad procurandam defuncto quietem perpetuam: existimante Veterum superstitione, infelicem esse defuncti statum, insepulto corpore. attigi superstitionem lib. 2. *Observ. c. 2.*

Actio, quæ in hoc Edicto proponitur, ab Ulpiano in l. 14. §. 6. vocatur funeraria: ut autem locum habeat, funeris causa sumptum factum esse oportet. sic enim loquitur Prætor: *Quod funeris causa sumptus factus erit.* De aliis sumptibus non loquitur. Vidit hoc Ulpianus d. l. 14. §. 6. testatus, eam actionem continere funeris causa impensam, non etiam cæterorum sumptus. pone, factos in curandum defuncti morbum. Aliquem moveat l. 3. C. h. t. Sed frustra: quia ut facti sint in morbum, ex quo secuta mors sit: at funeris causa facti non sunt. repetantur igitur actione negotiorum gestorum credendi animo facti, sed actione funeraria non repetentur: quia de his præfens tacet Edictum: ac secundum hoc accipienda d. l. 3.

Ut igitur intelligatur, quis sumptus funeris causa factus esse dicatur, subjiciam ex l. 14. §. 3. h. t. sequentia Ulpiani verba: *Funeris causa sumptus factus videtur is demum, qui ideo fuit, ut funus ducatur, sine quo funus duci non potest.* Funus ducere Ulpiano est, mortuum efferre, exequias ducere. nam funus Donato ad Terentium, *Andria* 1. 1. est, funeralis pompa: ita optime Ulpianus pro exemplo sumptus facti funeris causa ponit: *Si quid impensum est in elationem mortui.* Non minus tamen recte addit: *Si quid in locum fuerit erogatum, in quem mortuus inferetur, funeris causa videri impensum, Labeonem scribere: quia necessario locus paratur, in quo corpus conditur.* Idem de pretio loci censet Macer d. l. 37. h. t. atque in §. 1. etiam nominat munimentum sepulchri. Florentiæ editur, *monimentum*. sed apud Haloandrum est *munimentum*: quod probat Elbertus Leoninus, Vir doctus ac sapiens, lib. 3. *Emend. c. 10.* hoc & suadent sequentia loci verba: *Munimentum autem sepulchri id esse Divus Hadrianus rescripsit, quod causa muniendi ejus loci factum sit,*

in quo corpus impositum sit. itaque si amplum quid edificari testator jusserit, veluti in circuitu porticationes, eos sumptus funeris causa non esse. Superioribus addit Ulpianus §. 4. l. 14. impensam peregre mortui, quæ facta est, ut corpus perferretur. Macer d. l. 37. pr. dicit vecturam. & ait Ulpianus, hanc funeris esse, licet nondum humo funeretur. idemque esse, & si quid ad corpus custodiendum, vel etiam commendandum factum sit, vel si quid in marmor, vel vestem collocandam. Per marmor intellige sarcophagum, cujus mentio in d. l. 37. Quod dicit de veste collocanda, Græci explicant vestitum. locutionem attingit Gutherius lib. 3. c. 19. rem & morem Kirchmannus lib. 1. c. 10. Verba, *Si quid ad corpus custodiendum*, possunt illustrari pulchro Apuleji loco lib. 2. *Metamorph.* cui adde sis Kirchmannum d. lib. 1. c. 12. Quod vero ait Ulpianus, *Ad commendandum corpus*: id est, ad corpus interrim deponendum. nam commendare est, deponere. & exemplum in l. 40. D. h. t. item in vetere Inscriptione apud Cujacium lib. 2. *Observ. c. 17.* & Gutherium lib. 2. *De vet. jur. Pontif. c. 9.* Adfert præter superiora Macer in l. 37. etiam unguenta & vectigalia. De unguentis nihil addo: mortuorum unctura satis nota cum ex aliis, tum ex adductis a Kirchmanno d. lib. 1. c. 7. Vectigalium obscurior ratio: quando Florentiæ legitur, *Vestigalia*: sed apud Haloandrum est, *Vestiaria*. illam scripturam præfert Cujacius lib. 5. *Observ. c. ult.* hanc Leoninus lib. 3. *Emend. c. 10.* Me auctore, in medio relinquetur dissidium: siquidem vectigalia pro transitu solvebantur in pontibus ac viis; nec satis causæ, cur ab his libera essent cadavera. eadem vestibus tecta atque ornata efferebantur. ita potuit utraque impensa funeris haberi. De vestibus dictum supra: de vectigalibus aliquid in l. 21. D. de donat. int. vir. & uxor. l. 60. §. 8. D. Locati. & in hoc Senecæ, *De constant. sapient. c. 14.* *Nec indignabitur aliquid impendere, ut limen transeat, cogitans & in pontibus quibusdam pro transitu dari.*

Ostendi, quando locum habeat funeraria actio; etiam ad quid detur: cum sic edicat Prætor, *Quod funeris causa sumptus factus erit; & subjiciat, Ejus recuperandi causa judicium dabo.* Illud quæri possit; an in infinitum competat? Negat Ulpianus l. 14. §. 6. D. h. t. qua ratione? quia hæc actio ex bono & æquo oritur, æquum autem, inquit Ulpianus, accipitur ex dignitate ejus, qui funeratus est, ex causa, ex tempore, ex bona fide; ut neque plus imputetur sumptus nomine, quam factum est, neque tantum, quantum factum est, si immodice factum est. Sic placet Ulpiano, haberi rationem facultatum ejus, in quem factum est: & ipsius rei, quæ ultra modum sine causa consumitur. Esto: si nihil ipse defini-verit testator. sed quid, si jusserit fieri, & ex voluntate ejus impensum est? ait Ulpianus, nec voluntatem sequendam, si res egrediatur justam rationem. Ab hac causa idem in §. 5. d. l. 14. sic scribit: *Non oportet ornamenta cum corporibus condi: nec quid aliud hujusmodi, quod homines simplices faciunt.* Morem notat Ulpianus: & exemplum apud Scævola l. 40. §. 2. D. de aur. arg. mund. sed, ut Ulpianus ait, simpliciorum; id est, stultorum, & ideo improbandum. quod & Marciano visum l. 113. §. 5. D. de legat. lib. 1. nec aliter Lucianus, *Nigrino*, pag. 62. tom. 1. verba Luciani. *Ille vero etiam interea cum ab eo dicerentur, risu prosequi coactus sum, quod & secum sepeliri ignorantiam suam velle eos agebat, & stultitiam suam aperte scripto etiam testari, dum alii vestes, quibus in vita pretiosioribus usi sunt, comburere eodem rogo secum*

secum mandant: alii autem & servos certos ad sepulchra adstare, rursus alii cippos, sive columnas quoque coronari servus precipiunt, stolidi videlicet in ipsa morte manentes. Elegans hoc exemplum temperandi sumptus funeris, etiam adversus voluntatem defuncti. sed quod ex Macro sequitur l. 37. h. t. non minus elegans: Verba Macri, ut supra emendata sunt, apposui: Munimentum autem sepulchri id esse Divus Hadrianus rescripsit, quod causa muniendi ejus loci factum sit, in quo corpus impositum sit. itaque si amplum quid adificari testator jusserit, veluti in circuitu (Florentiæ est, in circum) porticationes, eos sumptus funeris causa non esse. Rationis erat, sepulchrorum, quia in agris erant, munitiones septaque fieri vel a vivo testatore, vel post ejus mortem, ab herede aut alio, ex mandato defuncti. erant autem (ut jam observant Gutherius, lib. 2. De jur. man. c. 30. & lib. 3. c. 4. Kirchmannus lib. 3. De funerib. Rom. c. 17. & Reinesius ad Inscript. 112. class. 6. & Inscript. 16. class. 7.) hæ munitiones aliquando sepes ferreæ, plerumque maceriæ, seu muri, pro hominum ingenio, luxuria, conditione pulchri atque ornati aut etiam rudes, vilescque. addebantur silvæ, vineæ, horti, ambulationes subdiales, porticationes, seu porticus, ædificia. In hæc impensas quas vellet, pro suo arbitrio faciebat vivus testator, & post ejus mortem, heres. id jus alius non habebat: ne mandatu quidem testatoris. contra tenebatur ille in his, servare modum. eum si egrederetur, non videbatur facere sumptum funeris causa, nec eo nomine habebat actionem funerariam. Is sensus Macri d. §. 1. l. 37. Oportebat igitur sumptum funeris causa fieri pro dignitate defuncti, & facultatibus ejus: non ultra d. l. 14. §. 6. & l. 12. §. 5. h. t. imo nec infra modum eum; nam nec hoc æquum pati, clare Ulpianus d. l. 14. §. 10. confessus, Judicem qui de ea æquitate cognoscit, interdum sumptum omnimodo non debere admittere, modicum factum, si forte in contumeliam defuncti hominis locupletis modicus factus sit: nam non debet hujus rationem habere, cum contumeliam defuncto fecisse videatur ita eum funerando. Est & tertius casus in quo is qui sumptum fecit in funus, sumptum non recipit. is casus Ulpiano est, si sumptus factus sit pietatis gratia d. l. 14. §. 7. h. t. id est, ex officio humanæ conjunctionis; suadentis, hominem insepultum liberari miseria in qua eum, donec sepeliretur, esse vetus superstitio existimabat. id officium alio nomine dici humanitatem, affectionem, misericordiam, ex sequentibus ibidem intelligitur; & alias multis tradit Petrus Faber, lib. 1. Semestr. c. 1. Quærentibus igitur, sumptu in funus facto, an sit funerariæ locus: distinguit Ulpianus; utrum sit repetendi animo, an pietatis intentione factus, prior casu non moratur funerariam actionem: posteriore eam recusat. Huc usque certa Ulpiani verba. sequentia laborant. Erit igitur estimandum ab arbitro & perpendendum, quo animo sumptus factus sit: utrum negotium quis vel defuncti vel heredis gerit, vel ipsius humanitatis; an vero misericordia vel pietati tribuens vel affectioni. Sic in omnibus editionibus. at obscuro sensu. quem illustrare conatus est Petrus Faber d. loc. non satis apte ad Ulpiani verba: quibus convenire explicationem oportet. potius accedam Desidero Heraldio lib. Observat. c. 34. pro, vel ipsius humanitatis, reponenti, vel ipsius hereditatis: & ei suffragatur Hugo Grotius, Flor. spars. Heraldii tamen conjecturam improbat Salmasius: ipse suspicatus: Utrum negotium quis vel defuncti vel heredis gerit; an vero ipsius humanitatis, vel misericordia, vel pietati tribuens, vel affectioni. aut ita; an vero ipsi hu-

manitati vel misericordia tribuit, vel affectioni. Sic Salmasius, Ad jus Attic. c. 25. Non damno: et si præferam Heraldii correctionem. Ut ut erit; commode Seneca lib. 5. De benefic. c. 20. Verba ejus, Patrem alicujus in solitudine exanimem inveni, corpus ejus sepelivi. nec illi profui (quid enim illius intererat, quo genere dilaberetur?) nec filio. quid enim per hoc commodi accessit illi? dicam, quid consecutus sit: officio solemniter & necessario per me functus est. Præstiti patri ejus quod ipse præstare voluisset, nec non & debuisset. Hoc tamen ita beneficium est, si non misericordia & humanitati dedi, ut quodlibet cadaver absconderem: sed si corpus agnovi, si filio tunc hoc præstare me cogitavi. At si terram ignoto mortuo injeci, nullum habeo hujus officii debitorem, in publicum humanus. Hoc Seneca. Potest tamen (sic pergit Ulpianus) distingui & misericordia modus (in quibusdam libris est, motus) ut in hoc fuerit misericors vel pius qui funeravit, ut sepeliret, ne insepultus jaceret, non etiam ut suo sumptu fecerit. Quod si Judici liqueat: non debet eum qui convenitur, absolvere. quis enim sine pietatis intentione alienum cadaver funeravit. Oportebat igitur testari quemque, quomodo funeravit: ne postea patiatur questionem.

Vix opus addi, cui detur funeraria actio: ultro manifesto, quod Ulpianus l. 12. §. 3. h. t. hoc Edictum, inquit, esse iusta ex causa propositum, ut qui funeravit, persequatur id quod impendit. Et tamen fuit aliquando dubitatum; an ei qui funeris causa sumptum fecit, omnino danda sit funeraria actio, eos casus proponit & solvit Ulpianus d. l. 14. §. 11. 12. 13. 14. 15. & 16. nec inutile erit, considerasse; sed ut carent difficultate: quæso, permittas mihi, tantum excerpere ex d. §. 14. sequentia verba: (Divus autem Marcus rescripsit, Eum heredem, qui prohibet funerari ab eo, quem testator elegit, non recte facere: pœnam tamen in eum statutam non esse) & in his observare exemplum imperfectæ legis. quale notatum a Livio lib. 10. c. 9. in his ejus verbis: Valeria lex, quum eum, qui provocasset, virgis cadi, securique necari vetuisset, si quis adversus ea fecisset, nihil ultra, quam improbe factum adiecit. Id (qui tumpe-dor hominum erat) visum, credo, vinculum satis validum legis. nunc vix serio ita minetur.

Sequitur, adversus quem detur actio funeraria, datur vero In eum ad quem ea res pertinet. Sic Prætori visum. At quis ille? Paulus lib. 1. Sentent. tit. 21. §. 10. scribit: Qui alienum mortuum sepelierit, recipere id ab herede, vel a patre vel a domino potest. Primum ait Paulus, funerariam dari adversus heredem. Ulpianus l. 14. §. ult. h. t. addit bonorum possessorem, cæterosque successores: & in l. 15. mox subjicit Pomponius, Funeris impensam & patronum qui bonorum possessionem petit contra tabulas, præstare, amplius ait Paulus, funerariam competere in patrem cujus funus factum erit, & quidem pro dignitate & facultatibus l. 21. h. t. ita fit; ut funus filii dicatur, æs alienum patris l. 19. D. de in rem verso. quid, si miles sit filiusfamilias, & habeat castrense peculium? putat Ulpianus, successores ejus, nempe in castrense peculium, facto de eo testamento, ante teneri, sic deinde ad patrem veniri l. 31. h. t. Tertio ait Ulpianus d. l. 31. §. 1. Qui servum alienum, vel ancillam sepelivit, habere adversus dominum funerariam actionem. Item in l. 16. h. t. confirmat Ulpianus, quod in eum ad quem dotis nomine quid pervenerit, Prætor dat funerariam actionem: & causatur, æquissimum visum esse Veteribus, mulieres quasi de patrimoniis suis, ita de dotibus funerari: & eum qui morte mulieris do-

tem lucratur, in funus conferre debere, siue pater mulieris est, siue maritus. Papinianus vero *l. 16.* subijcit: quod si nondum pater dotem recuperaverit, vir solus convenietur; reputaturus patri quod eo nomine præstiterit; videlicet, quia impensa funeris est æs alienum dotis: auctore Juliano *l. 18. h. t.* ideoque etiam dotem sentire hoc æs alienum debere, Ulpianus ait *l. 19. D. d. t.*

Exposita est funeraria actio: nondum privilegium impensæ funeris indultum ante alia defuncti debita favore religionis: qui est summus. Id privilegium Scævola *l. ult. §. 2. h. t.* vocat funerarium. quale vero sit, parum convenit inter Interpretes: aliis existimantibus, impensam funeris tantum omnibus præferri personalibus defuncti creditoribus: aliis contra, etiam hypothecariis. Ut verum inveniat, consideranda sunt Mæciani verba, pro utraque parte adferri solita. verba Mæciani in *l. 45.* hæc sunt: *Impensa funeris semper ex hereditate deducitur quæ etiam omne creditum solet præcedere.* Duo dicit Mæcianus: primum, impensam funeris ex hereditate semper deduci. Hoc vero quid significat; nisi personale esse ejus privilegium: aut enim me fugit ratio, aut Mæcianus indigitat, impensam funeris tantum de eo quod cum effecta in hereditate est, deduci. at hoc de pignoribus a defuncto obligatis dici nequit. nam creditor potest ea, si velit, ex defuncti hereditate auferre actione hypothecaria. igitur vi ipsa ex ejus hereditate exierunt: licet interim manserit rei pignoratæ dominus *l. 9. C. de pign. act.* nam & in bonis creditoris dicuntur. *l. 49. D. de verb. signif.* in ejusque præjudicium illa alienare debitor nulla ratione potest *l. 15. C. de pignorib. l. 10. C. de remiss. pign.* De pignoribus igitur non deducitur funeris impensa: quia illa semper deducitur de eo quod est in hereditate: in qua, ut dixi, pignora non sunt; cætera bona sunt; ideoque hæc non vindicantur a creditoribus debitum petentibus; sed propter hoc ipse convenitur debitor; ex his æri alieno satisfactorius. Æque aut magis clarum est alterum Mæciani argumentum in his verbis: *Quæ etiam omne creditum solet præcedere, cum bona solvendo non sint.* Mæcianus non dicit, impensam funeris præcedere omne pignus: sed omne creditum. sub eo vero nomine proprie exauditur personale creditum. *l. 11. l. 12. & l. 13. D. de verb. signif.* præfertur igitur funeris impensa, secundum Mæcianum, omnibus creditis actione personali petendis: sed non præfertur pignoribus & hypothecis, quæ sunt jura creditorum: non solita peti actione in personam; sed actione in rem. Ac nescio, an hoc quoque velit Paulus *lib. 1. Sentent. tit. ult. Quidquid, inquit, in funus erogatur, inter æs alienum primo loco deducitur.* at enim obstat Ulpianus *l. 14. §. 1. h. t.* Nisi speciale jus est in investitis & illatis: in quibus cum ad funus venit, non videtur hypotheca esse, quamdiu ex his nihil pignoris jure præclusum est. adeo colono vel inquilino mortuo, si non sit, unde funeretur, ex investitis & illatis cum funerari, & quod superfluum remanserit, hoc pro debito teneri, neminemur. nam & alienare, quæ velit, ex inductis & illatis potest, antequam a domino prædii pignoris jure perclusa sint *l. 9. D. In quib. caus. pign. tac.* quia ante non intelligitur, quid ex his pignoris jure teneatur. Id vero quando fiat, ab uno pender locatore; qui si id non fecit, vivo conductore; eo mortuo, non debet ægre ferre, ex inductis, illatis, investitisve ad eum funerandum sumi, quantum sufficit; si aliunde sustineri hæc impensæ nequeant. imputet enim sibi; cur non jussit, inducta, illata, in-

vesta, vivo colono aut inquilino, pignoris jure præcludi. quod si fecisset, eo invito, funeris sumptibus ea sumi non potuissent.

Tertia pars Rubricæ est, Ut funus ducere liceat. Ducere funus est, funus efferre, ut supra ostensum, ad rem spectat hoc Ulpiani *l. 38. D. h. t. Ne corpora aut ossa mortuorum detinerentur, aut vexarentur, neve prohiberentur, quo minus via publica transferrentur, aut quo minus sepelirentur, Præsidis provincia officium est.* Quid hic significet Ulpianus, quis melius ipso interpreteretur Ulpiano? *l. 3. §. 4. D. de sepulchro violato* ait, corpora mortuorum non perpetuæ sepulturæ tradita posse transferri, Edicto D. Severi contineri: eoque mandari; ne detineantur, aut vexentur, neve prohibeantur via publica transferri per territoria oppidorum: & si prohibeantur transferri aut sepeliri, Præsidis officium esse, ne id fiat. ac ne quis putet, id demum jus esse, impetrata translatione ab eo cui id permittendi jus sit: porro subijcit Ulpianus, idem esse, etsi nulla talis permissio interveniret; Divum autem Marcum rescripsisse, Nullam pœnam meruisse eos qui corpus in itinere defuncti per vicos aut oppidum transvexerunt: quamvis talia fieri sine permissu eorum quibus permittendi jus est, non debeant. Hæc, si non perpetuæ sepulturæ traditum corpus sit: quomodo etiam acceperim *l. 10. C. h. t.* Cæterum ait Marcianus *l. 39. h. t.* Divos Fratres, Edicto admonuisse, Ne justæ sepulturæ traditum, id est, ne terra conditum, corpus inquietetur. Videri autem terra conditum, & si in arcula conditum hoc animo sit, ut non alibi transferatur, sed arculam ipsam, si res exigat, in locum commodiorem licere transferre, non esse denegandum. Quod Marcianus ait, *Si res exigat*; id est, si necessaria & justæ adferatur causa: nam ea si allegetur, impetrari translatio corporis aut reliquiarum potest, & debet, in Urbe quidem a Principe *l. 14. C. h. t.* aut Collegio Pontificum; in Provinciis autem a Rectore *l. 1. C. d. t.* id enim obtinuit, opinor, arrepta occasione Rescripti Trajani apud Plinium *lib. 10. Epist. 37.* Est autem ibidem, ut & in *d. l. 1.* exemplum causæ justæ & necessariae, si vi fluminis reliquiae contingantur, aut propter injuriam vetustatis, siue propter metum ruinæ, ut est apud Paulum *lib. 1. Sentent. tit. 21.* & addit Paulus; quod ob incursum fluminis, vel metum ruinæ, corpus jam perpetuæ sepulturæ traditum, solemnibus redditis sacrificiis, per noctem in alium transferri locum potest. plura non adscribo; quia jam occupavit pleraque Kirchmannus *lib. 3. De fun. Rom. c. 25.* & Gutherius *lib. 2. De vet. jur. Pontific. c. 9.*

Fuit & alia non infrequens vexandi detinendique cadaveris causa, prætextus debiti: creditore petente solutionem, vel pignus, vel fidejussores, quibus de debito fieret securus: ac nescio; an voluerit Ulpianus ne illa vexatio admittatur, ad curam Præsidis pertinere. Meminit istius vexationis Ambrosius, *De Tobia, c. 10.* ac prohibita improbataque tandem a Justino *l. 6. C. de sepulchro violato*: ut observatum a Gutherio *lib. 3.*

De jur. man.

c. 22.

* * *

TITULUS VIII.

De mortuo inferendo & sepulchro edificando.

HUJUS Tituli qui est portio superioris, partes duæ sunt: una est de mortuo inferendo, altera de sepulchro edificando. ad priorem pertinet sequens interdictum ex *l. 1. h. t. Quo quæve illi mortuum inferre invito te jus est, quo minus illi eo eave mortuum inferre, & ibi sepelire liceat, vim fieri veto.* Hoc interdictum prohibitorium esse, palam est *d. l. 1. §. 4.* vetante Prætor, vim fieri volenti, mortuum inferre & sepelire ibi, ubi ei jus sit inferre & sepelire, invito prohibente. Nec quem turbet, quod sepulchrum non est nostri domini *l. 1. D. Si servit. vindic.* imo est nullius in bonis *l. 6. §. 2. D. de rer. divis.* Etenim bene & vere potest dici, quod nemo potest sepulchrum suum vindicare jure domini; nec in eo habere jus alienandi, aut ei imponendi servitutem: cum sit humano commercio exemptum. sed non æque potest dici, quod nemo idcirco potest habere jus ad illationem & sepulturam mortui in sepulchro, ipsumque ad heredes transmittere. Res certa in *l. 4. C. de religiosis.* Et legitur in *l. 14. C. de legatis,* Monumenta quidem legari non posse, manifestum esse: jus autem mortuum inferendi legare, neminem prohiberi. Præterea ait Ulpianus *l. 33. D. de religiosis,* Si quis fuit heres, deinde hereditas ei ablata sit, magis esse, ut penes eum jura sepulchrorum remaneant. Paulus quoque observat *l. 42. D. Ad Senatusc. Trebell.* Restituta hereditate, jura sepulchrorum apud heredem remanere. Ut igitur negari nequeat, sepulchrum non esse in commercio, eoque modo esse nullius: nihilominus potest quis habere jus inferendi in sepulchrum; & hoc modo id quasi suum dicere. Enimvero interdictum de mortuo inferendo dicitur continere causam veluti proprietatis *l. 2. §. 2. D. de interdictis.* Ea etiam ratione prohibitus meo uti sepulchro, utar hoc interdicto: quemadmodum, si quid in eo fiat, possum experiri interdicto Quod vi aut clam, quamquam alioquin nemo sepulchri dominus est *l. 13. §. 5. D. Quod vi aut clam.* Illud quale, quod Ulpianus in *l. 1. §. 2. D. h. t.* sic scribit? *Interdicto de mortuo inferendo dominus proprietatis uti potest, quod etiam de loco puro competit.* Mihi videtur hoc optimo dici sensu. quando? si quis habeat sepulchrum in fundo suo; ut in *l. 22. & 24. D. de contrah. empt.* nam tale sepulchrum separatim vendi nequit, ut per se nullius est: at quatenus accedit fundo, qui est proprius, quasi proprium habetur: & fundo vendito, si non fuerit exceptum, emptorem sequitur; venitque per consequentiam, cum principaliter non vendatur. Minus dubium habet, quod in *d. l. 2. §. 2.* potro subjicit Ulpianus, *Quod etiam de loco puro competit.* Sensus Ulpiani, Hoc interdictum de mortuo inferendo etiam competere domino proprietatis; si prohibeatur mortuum inferre in locum purum qui sit pleno jure atque in solidum ejus proprius: videlicet, quia oportet eum suæ rei esse moderatorem atque arbitrum. Sed quid, si habeat nudam proprietatem, & ususfructus sit alterius? Mover dubitationem: quod dominus proprietatis, invito fructuario, non facit locum religiosum: nisi forte ipsum qui ususfructum legaverit, intulerit; cum in alium locum inferri tam opportune non posset *l. 2. §. 7. D. de religios.* Nihil hoc mutare, auctor est Papinianus *l. 43. D.*

eod. tit. Esse, inquiens, personas quæ quamquam religiosum locum facere nequeant, interdicto tamen de mortuo inferendo utiliter agunt. ac ne deesset exemplum; esse tale, inquit: si dominus proprietatis in fundum, cujus fructus alienus est, mortuum inferat, aut inferre velit. nam si intulerit; non facere justum sepulchrum: sed si prohibeatur inferre; utiliter interdicto qui de jure domini queritur, agere. quam ob rem? ne corpus insepultum jaceat, donec alius inveniatur locus æque opportunus. Idem esse ait Papinianus in socio qui in fundum communem, invito socio, mortuum inferre vult. Nam nec hoc convenit regulæ juris quam Papinianus indigitat strictam rationem: quo nomine & alibi eam vocari, annotavi *lib. 1. Probabil. c. 1.* Sed regulæ juris, siue strictæ rationi, præstare favorem religionis, Papinianus ait. Regula juris erat, quod in pari causa potior est conditio prohibentis. favor religionis erat publica utilitas, ne insepulta jacerent cadavera. propter hanc ait Papinianus, strictam rationem insuper habemus: id est, (ut Cujacius interpretatur *lib. 3. Observ. c. 22.*) omittimus & negligimus. addit Papinianus, Summam esse rationem quæ pro religione facit.

Igitur non vult Prætor, habentem jus inferendi mortuum, prohiberi, eo eave, quo quæve illi jus est, mortuum inferre. Hæc autem verba, *quo quæve*, item *eo eave*, credi vult Ulpianus, illuc pertinere; ut si quis prohibeatur in locum sepulture inferre, siue in itinere arceatur, videatur prohiberi, mortuum inferre *l. 1. §. 1. h. t.* Et exemplum ponit Ulpianus in §. 3. Si, inquiens, mihi in fundo via debeat in quem fundum inferre volo, & via prohibeat, hoc interdicto posse me experiri placuit: quia inferre prohibeor, qui via uti prohibeor, idque erit probandum; si alia servitus debeatur. Hoc; si debeatur ad fundum. at finge: aliquis habet sepulchrum: viam ad sepulchrum non habet, & a vicino ire prohibetur. Ea quæstio tractatur ab Ulpiano in *l. 12. D. de religiosis*, sane eleganter & hic digna exponi; nisi eam exposuissem *lib. 1. De Usufructu c. 8.*

Præter interdictum de mortuo inferendo, quod est in *l. 1. h. t.* etiam proposita a Prætor est actio in factum ei qui prohibitus sit mortuum inferre in locum cum quo ei inferendi jus sit, etsi non ipse prohibitus sit, sed procurator ejus: quia intellectu aliquo ipse prohibitus videtur *l. 8. §. ult. D. de religiosis.* Venit autem in hanc actionem, quanti interfuerit actoris, prohibitum non esse: in eamque computationem cadit loci empti pretium, aut conducti merces, item sui loci pretium, quem quis, nisi coactus, religiosum facturus non esset. Sed quemadmodum ea actio ipsi datur, qui sit prohibitus, & adversus prohibentem: sic putavit Gajus, eam neque heredi, neque adversus heredem dari *l. 9. D. d. t.* & ait ibidem, hoc constare: nempe inter omnes Jurisconsultos: sed se mirari, quare constare videatur. subjecta hac mirandi causa: *Nam ut apparet, pecuniaria quantitatis ratio in eam deducitur: certe perpetuo ea inter ipsos competit.* Igitur persuadet sibi Cujacius *lib. 8. Observ. c. 12.* hic esse exemplum ejus, quod dicitur in *l. 21. D. de legibus*, Non om-

nium, quæ a majoribus constituta sunt, rationem reddi posse. Alia inciderunt Antonio Fabro, *Rationalib. ad d. l. 9.* & Jacobo Guthrio *lib. 3. De jur. man. c. 16.* Sed mihi placet Cujacii sententia. Occasione *d. l. 9.* non debui omittere, quod in ea præterea monuit Gajus, liberum esse ei, qui prohibeatur mortuum, ossave mortui, inferre, aut statim uti interdicto, quo prohibetur ei vis fieri, aut alio inferre, & postea in factum agere, quanti ejus interfuerit, non esse prohibitum. Tantum de priorè Rubricæ parte.

Posterior est De sepulchro ædificando. eoque in *l. 1. §. 5. h. t.* spectat sequens interdictum: *Quo illi jus est invito te mortuo inferre, quo minus illi in eo loco sepulchrum sine dolo malo ædificare liceat, vim fieri veto.* Hoc quoque interdictum esse prohibitorium, ostendit verbum, *veto*, quo utitur Prætor. Ulpianus vero *§. 6. d. l.* observat, hoc interdictum propterea esse propositum: quia interest religionis monumenta exstrui & exornari. Et est sic rescriptum a Gordiano *l. 7. C. de religiosis*: *Statuas sepulchro superimponere, vel monumento, quod a te exstructum profiteris, ornamenta, quæ putas, superaddere non prohiberis.* Ac placet subjecta ratio: *Cum jure suo co-*

rum, quæ minus prohibita sunt, unicuique facultas libera non denegetur. Conceditur igitur interdictum de sepulchro ædificando ei, qui habet jus inferendi mortuum, invito prohibente. auctor Ulpianus *§. 7. d. l. 1.* Datur vero adversus eum, qui prohibet, sepulchrum ædificari eo in loco, in quo adversario jus est mortuum inferre, eoque in numero etiam habetur, qui habet, ut labatur sepulchrum. nam & ille hoc Edicto tenetur *d. l. 1. §. 10. h. t.* Verbum porro *Ædificare* late patet: ut ædificare intelligatur non solum, qui opus novum molitur; verum is quoque, qui vult reficere *d. l. 1. §. 9.* Plus dicam, non ædificationem tantum complecti; sed præterea omnia ad ædificationem pertinentia. hac ratione ait Ulpianus *d. l. 1. §. 8.* quod ædificare prohibet, & qui prohibet conveyi materiam ædificio necessariam: item, qui operi necessarios venire prohibet; & si machinam allegare quis prohibet. Hæc: si nihil ædificetur dolo malo. nam hoc Prætor postulat: & est exemplum; si prohibitio eo fiat loco, qui servitutem debet. cæterum, si in meo solo velis machinam ponere, non tenebor Edicto, si jure te non pariat *l. 1. §. 8.*

D. h. t.

DIGESTORUM SEU PANDECTARUM

PARS TERTIA.

LIBER DUODECIMUS.

TITULUS I.

De rebus creditis, si certum petatur, & de condictione.

Post actiones in rem, item personales in rem scriptas, & mixtas tam in rem, quam in personam, sequuntur actiones in personam de rebus creditis: monstrante Rubrica: quæ Florentiæ sic extat, *De rebus creditis, si certum petatur, & de condictione.* Vulgata Accursii editio, ab Haloandro servata, habet, *De rebus creditis, si certum petatur, & de certi condictione.* Sed restituæ, *De rebus creditis, si certum petatur*: nam est una actio, quæ aliquando certi condictio appellatur; aliquando actio vel condictio, si certum petatur. Indicio *l. 9. l. 24. D. h. t. & l. 1. D. de condict. critic.* Ita duæ sunt Rubricæ partes: una de rebus creditis, altera de certi condictione, sive de actione, Si certum petatur, priorem partem, *De rebus creditis*, fuisse Titulum Edicti perpetui, Ulpianus indicat *l. 1. D. h. t.* ibique recte legi, *E re est*, monet Antonius Augustinus *lib. 3. Emend. c. 3.* Fuit igitur in Edicto perpetuo Titulus, *De rebus creditis*: sub eoque, ut est generalis, & late patet, Prætor non de mutuo solum edixit; sed de commodato quoque & pignore: id est, de actione commodati, & de actione pigneratitia: nam de pignoribus & hypothecis, id est, de formula hypothecaria, fuisse actum in ultima Edicti parte, testatur Justinianus *l. Omnem §. 4. De concept. Digestor.* Complexus igitur Prætor plures contractus fuit sub uno Titulo, *De rebus creditis*: sinente brevitate Edictorum. sed Ulpianus singula capita, quod inter-

pretatio diffusiolem desiderabat tractatum, ipse per varios Titulos: præmisso Titulo, *De rebus creditis*, qui fuit Edicti perpetui: eique adjecit speciem, *Si certum petatur*: ostensurus, ex generali Titulo in præsentia initium expositionis sumi a parte; id est, condictione ex mutuo: pari ratione, quæ in Codice *lib. 4. Titulus 1.* & apud Paulum *lib. 2. Sentent. titulus 1.* est, *De rebus creditis & jurejurando.*

Est autem mutuum, contractus juris gentium stricti juris, quo quantitas utenda datur in hoc, ut accipientis fiat; & danti tantumdem ejusdem generis & qualitatis restituatur. Primum dixi, mutuum esse contractum: quia est conventio, ex qua sua vi nascitur actio, quæ vocatur condictio *pr. Inst. Quib. mod. re contrah. oblig.* Est igitur contractus. Addidi, juris gentium: auctore Justiniano *§. 2. Inst. de jur. nat.* id vero indicat, mutuum perseverasse in simplicitate juris gentium: nec accepisse novam formam a jure civili. Porro dixi, esse contractum stricti juris: quia est ab uno latere obligatorius: qualis nusquam vocatur bonæ fidei. Insuper dixi, in mutuo non utendum dari corpus; sed utendam dari quantitatem. Justinianus *d. pr. Inst.* sic exprimit: Mutui datio in iis rebus consistit, quæ pondere, numero, aut mensura constant, veluti vino, oleo, frumento, ære, argento, auro. Nempe has res, quia non habent usum, nisi consumptæ, in mutuo damus utendas in hoc, ut consuman-

sumantur : postea alias recepturi ejusdem generis & qualitatis *l. 1. §. 2. D. de oblig. & act.* Nec male : quia (quod Paulus observat *l. 2. §. 1. D. h. t.*) in genere suo functionem recipiunt per solutionem , quam specie : id est, potius in genere, quam specie : ut bene annotavit Augustinus *lib. 4. Emend. c. 8.* Et addit Paulus *d. l. 2. §. 1.* quod in cæteris rebus, id est, in corporibus , ideo in creditum ire, id est, mutuum contrahere , non possumus : quia usum salvo corpore admittentibus, aliud pro alio invito creditori solvi non potest ; ne melius quidem pro deteriore, affectu cadente in corpora : qui affectus non cadit in quantitates, usu perituras ; ideoque nihil interest creditoris, utrum hanc, an illam, recipiat : modo eandem habeat, & æque bonam. Stat igitur mutuum intra quantitatem ; & quia ad ejus usum spectat, vult hanc dari. idque est, cur in mutuo dicatur re contrahi obligatio *d. l. 1. §. 2. D. de oblig. & act. pr. Inst. Quibus mod. re contrah. oblig. & quamdiu nihil datum est , licet consensus sit de dando , nulla mutui sit obligatio. Paulum audi d. l. 2. §. 3. D. h. t.* Mutuum non potest esse, nisi proficiatur pecunia. Nec aliter Seneca *lib. 6. De benefic. c. xi.* Verba Senecæ. *Quemadmodum ei, qui voluit mihi pecuniam credere, sed non credidit, nihil debeo : ita, qui voluit mihi beneficium dare, sed non potuit amicus quidem ero, sed non obligatus.* Ab eadem causa tantum nascitur actio , quatenus datum est : non ultra : maxime, si non sit pactum , ut plus debeat, quam est datum. imo etsi id pactum sit ; tamen non plus, quam datum est, debebitur. Clare Ulpianus *l. 11. §. 1. D. h. t.* Si tibi dederò decem sic, ut undecim debeas : Proculus ait , & recte, non amplius te ipso jure debere , quam decem. Similiter ait Paulus *lib. 17. D. de pactis.* Si tibi decem dem , & paciscar , ut viginti mihi debeantur : non nascitur obligatio ultra decem. Et pro ratione addit Paulus : Re non posse obligationem contrahi , nisi quatenus datum sit : opinor ; quia pactum , quamvis in continenti adjectum contractui stricti juris , cum augeat contractum , ei non inest. manet igitur nudum : ex quo jure civili non datur actio. Plane , si dederò tibi decem sic , ut novem reddas : ait Ulpianus *d. l. 11. §. 1.* te ipso jure tantum novem debere , non decem : quia pactum stricti juris contractui in continenti adjectum, cum ei detrahit , inest ex parte rei : & certi conditionem ipso jure tollit , quantum ad nummum decimum. Hæc nunc obiter. plura ex professo dedi *lib. sing. Ad Edict. Prætor. de Pact. c. 12.* Ut igitur mutuum sit , oportet quantitatem dari. datio porro traditionem implicat. dominium certe sine traditione non transfertur. cæterum cum duplex sit traditio , vera vel quasi ; utram intelligimus. & quidem de vera nulla umquam dubitatio fuit : sed fictæ restitit aliquamdiu metus ; ne ex omni contractu nuda pactione pecunia credita, seu mutua, fieret. Recepta tamen traditione ficta per brevem manum , tandem obtinuit, nihil interesse, qualis intervenerit traditio ; vera, an quasi *l. 6. C. h. t.* etsi magna fuit Veteribus verecundia recedendi a regula juris : eoque tarde temperatus est ejus rigor. Sed hoc apparet ex collatione *l. 34. D. Mandati* quæ est Africani , cum *l. 9. §. ult. l. 11. §. 1. D. h. t.* quæ sunt Ulpiani : nec minus pertinet ad earum intellectum, cogitasse diversitatem temporis quo uterque vixit Jurisconsultus : prorsus, ut tradita ab Africano, tamquam vetustiore, habenda sint

pro historia juris veteris : cætera quæ Ulpiani sunt, pro recepto jure, hoc animadvertit Doctissimus Interpres, Jacobus Cujacius, *Tractatu 8. ad Africanum in expositione d. l. 34.* nec habeo quod addam pulcherrimæ observationi. Solum dicam , etsi nihil referat in mutuo, utra fiat traditio, vera, an quasi : tamen debere illa dominium transire in accipientem. id observat Paulus *l. 2. §. 2. D. h. t.* appellata est, inquit, mutui datio ab eo , quod de meo tuum fit : & ideo si non fiat tuum, non nascitur obligatio : hac ratione, quod usus quantitatis mutuo datæ, ad quem spectat mutuum, nisi consumptæ, nullus est. consumi autem quantitas, nisi a domino, non potest. transfertur igitur in mutuo dominium, debitori facturum consumendi facultatem. Nec est dubium, quin oporteat quantitatem, quæ mutuo datur, propriam esse dantis. si enim in mutuo transferri debet dominium, necesse est, mutuo fieri alienationem. hæc autem , præterquam rei propriæ, nulla est. verum igitur est, oportere eum, qui mutuum dat, esse dominum : sive per se det mutuum, sive alius det ejus voluntate : ut filiusfamilias & servus : nam, ut Paulus ait , dantes peculiares nummos obligant : hoc est (ut ostendi *lib. sing. Ad Edict. De pact. & transact. c. 20.*) obligant alios : & est tale , quale si voluntate mea tu des pecuniam, quo in casu mihi actio acquiritur, licet mei nummi non fuerint *l. 2. §. 4. D. h. t.* Superiori observationi accedit sequens : quod volentes, eum qui mutuum dat, esse dominum ; simul volumus, eum habere rei suæ administrationem : nam sic demum ejus alienatio est. Prius efficit, ne possint mutuo dari nummi alieni *l. 1. §. ult. D. h. t. l. 13. pr. §. 1. D. h. t.* posterius, ne quid mutuo detur a pupillo aut furioso sine tutoris aut curatoris auctoritate aut consensu. estque effectus ejus doctrinæ insignis : quod neutro casu valente mutuo , neutro nascitur ex mutuo obligatio , ne naturalis quidem. itaque traditur a Veteribus , adhuc nummos vindicari , sicubi extant : alioquin non vindicari ; sed condici , si consumpti sint bona fide : & si mala fide sint consumpti , de his agi ad exhibendum. Sic prorsus Imp. Justinianus *§. 2. Inst. Quib. alien. lic.* & ante eum Ulpianus *d. l. 11. §. ult. D. h. t.* Hoc tamen ipsum quale sit , paucis consideremus. non enim assentior Eruditis Interpretibus , passim jactantibus , alienæ pecuniæ , quamdiu extat , non esse mutuum ; sed consumptione mutuum fieri : & esse argumentum ; quod tum ex ea nascitur condictio. Primum enim quis Veterum id docuit umquam ? nemo unus. Deinde reclamationis juris regula : quæ dicit, quod ab initio vitiosum est , tractu temporis non convalescere *l. 29. D. de reg. jur.* At enim , consumpta pecunia aliena mutuo data , nascitur condictio. fit igitur consumptione mutuum quod ante non erat mutuum. Optime ; si hoc argumentum duceretur ab actione contractus , quo de quæritur. sed quæ in proposito datur condictio, non est certi condictio ex mutuo ; sed condictio sine causa. nam aliena pecunia, etsi consumpta, ubi non est mutuum, apud accipientem est sine causa, & ideo condictione sine causa optime repetitur jure gentium : ne is, qui eam consumpsit, cum aliena injuria fiat locupletior *l. 32. l. 19. §. 1. D. h. t.* Ut ut erit : hoc fixum & ratum est , oportere dantem, ut mutuum sit , esse nummorum dominum , & hos fieri accipientis. At nec ipsum satis esse , monet Paulus *l. 3. §. 1. D. de oblig. & act.* plus postulat , eos dari & accipi hoc animo , ut obligatio

constituatur. Idemque confirmat Julianus *d. l. 19.* Non omnis, inquit, numeratio eum, qui accepit obligat; sed quotiens id ipsum agitur, ut confestim obligaretur: puto, quod nemo vult translatum rei suæ dominium, nisi habeat causam, cur transferat. Atque hinc percipit hoc: Nuda traditio non transfert dominium, sed ita, si præcesserit iusta causa: cur traditio sequeretur *l. 31. D. de adq. rer. dom.* Ut igitur transeat dominium, eoque mutuum fiat, oportet in mutuum esse a dante & accipiente consensum. Quid, si alter dedit, tamquam donaturus; alter accipiat, tamquam mutuum? jam dissensus est de causa: de eoque lis est inter Julianum *l. 36. D. de adq. rer. dom.* & Ulpianum *l. 18. D. h. t.* De cuius compositione viderint Eruditiores, ego enim despero: etsi, quæ ab aliis adferuntur, non ignoro.

Interim absoluturus, ut proposui, naturam mutui, adhuc subiciam pauca de fine & exitu ejus. & quia jam dictum, in mutuo utendam dari quantitatem: rationis est, eam hac lege dari; ut tantumdem reddatur in eodem genere, & in eadem qualitate. primum putemus, in mutuo agi, ut quod datum est, reddatur: nam si detur, ne restituatur; erit donatio atque in perpetuum, & ideo non mutuum, sed proprium. mutuum autem non datur in perpetuum, sed utendum ad tempus. ita habet donationem, non in perpetuum, sed ad tempus, & ideo reddendum. Hac ratione Varro *lib. 4. De ling. Latin. pag. 29.* Si datur quod reddatur, mutuum. Nec alia Plautus, *Curcul. 1. 1. 47.* proprium a mutuo separat; proprium vocans, quod non cogor reddere: mutuum contra, quod cogor reddere. atque ipsum quoque sono verbi continetur. Scio, Paulum *l. 2. §. 2. h. t.* dicere, mutui dationem esse appellatam ab eo, quod de meo tuum fit. Nec improbo: quatenus ejus proposito servit verbi allusio non inelegans, neque infrequens Jurisconsultis. Sed ea non obstat; ne, vice versa, tuum mea datione factum, tua redditione rursus meum fiat. non opus verbis: reciprocationem evincente hanc usu Latini sermonis, soliti vocare mutua, quæ sunt reciproca. Hoc modo Terentius *Phorm. 2. 1. 37.* dicit *Mutuas operas*, quæ sunt reciproca: Papinianus, *Mutuam pensionem l. 39. D. Solut. matrim.* & Ulpianus *Mutuatum amorem l. 1. D. de Donat. int. vir. & uxor.* Non igitur est mutuum; nisi agatur, ut detur & datum restituatur. Quando? semper, cum danti videtur, optima hac ratione: quia mutuum (ut ex Nonio demonstravi *lib. 1. De fœnor. & usur. c. 6.*) est gratuitum, & simile beneficio: quod quis dat, cum vult; nec ultra, quam vult. Plautus, *Trinummio 5. 2. 6.*

- - - Beneficium homini proprium quod datur, proprium sumpserit.

Quod datum est utendum, id repetendi copia est, quando velis.

Item Peto Albinovanus.

Vita data est utenda, data est sine fœnore nobis

Mutua; nec certa persolvenda die.

Etiā Cicero *lib. 1. Tuscul. quæst. c. 39.* Natura dedit usuram vitæ, tamquam pecunia, nulla præstituta die, quid est igitur, quod querere, si repetit, cum vult? ea enim condicione acceperas. Est igitur mutuum gratuitum, & restituendum, cum videtur creditori, qui dedit. At quomodo? in eodem genere: quia specie usu consumpta ejus qui dedit voluntate, potest par, id est alia species ejusdem generis & bonitatis reddi;

eadem non potest. Inde Cicero *lib. 5. Ad famil. Epist. 2.* Quod, inquis, ita scribis, Pro mutuo inter nos animo: quid tu existimes esse in amicitia mutuum, nescio: equidem hoc arbitror, cum par voluntas accipitur & redditur. Est igitur in mutuo creditori, ne injuria ei fiat pro gratia, par reddendum, id est tantumdem, non minus; atque in eodem genere. quid, si agatur, ut in alio reddatur? licet; sed jam non mutuum erit, verum permutatio vel emptio. quid, si in specie sit restituendum? nec sic erit mutuum, sed depositum, vel locatum, vel pignus, vel commodatum, auctor Paulus *l. 2. D. h. t.* etiam Agrætius, vetus Grammaticus. Verba Agræti: *Inter commodatum & mutuatum nonnihil distat. Commodamus amico pro tempore equum, servum, vestem, hanc ipsam rem quam dedimus recepturi. mutuo damus pecuniam, triticum, vinum, & his similia quæ mutuo data recipi necesse non est.* Igitur postulat natura mutui, datum restitui in eodem genere: etiam in eadem qualitate; id est, in eadem bonitate, nimirum, ut dictum, mutuum proficitur ab amico affectu: est enim gratuitum; eoque non patitur ratio, accipientem beneficium danti injuriam reddere pro gratia. id autem futurum esset; si liceret debitori minus reddere in eodem genere, aut tantumdem in deteriore qualitate. estque hoc adeo æquum; ut Pomponius *l. 3. D. h. t.* putet, id tacite conventum intelligi; etsi de eo nihil pactum sit palam. Verba Pomponii sunt: Cum quid mutuum dederimus, etsi non cavimus, ut æque bonum nobis redderetur, non licet debitori, deteriore rem quæ ex eodem genere sit reddere, veluti vinum novum pro veteri. nam in contrahendo quod agitur, pro cauto habendum est. Id autem agi intelligitur, ut ejusdem generis, & eadem bonitate solvatur, qua datum sit. Bonitatem tamen inde æstimamus, utrum ex pretio quantitatis mutuo datæ, an ex ejus virtute intrinseca? ego ex hac malim peti: quia est vera ejus bonitas: pretium extra rem est; magisque ex copia aut inopia pendet, quam a re ipsa. sufficit igitur, solvi quantitatem ejusdem qualitatis, etsi non sit ejusdem pretii *l. 1. §. 2. D. de oblig. & act.*

Nunc disputabo de actione ex mutuo dari solita. complexus hanc Prætor fuit generali Edicto de rebus creditis. nam de mutuo speciale fuisse Edictum, verisimile non est: nullum certe apparet hodie. Verba Edicti sic compono: *Si certum petetur rerum creditarum nomine, conditionem dabo.* Prima Edicti verba. *Si certum petetur*, indicat Rubrica, desumpta, ut solet, a primis Edicti verbis. Quid autem sit certum, exponit Paulus *l. 6. h. t. Certum*, inquit, est, *cujus species vel quantitas, quæ in obligatione versatur, aut nomine suo, aut ea demonstratione qua nominis vice fungitur, qualis quantaque sit, ostenditur.* Paulus significat, certum vel specie, vel quantitate intelligi: modo appareat quoque ejus qualitas, & specie quidem, veluti servus Stichus: nomen enim, qualis sit species, declarat; idemque demonstratione contingit; nam & hæc fungitur nominis vice *l. 6. D. de rei vindic.* quantitate vero: veluti, tritici Africi optimi modii centum, vini Campani optimi amphoræ centum, qualitas enim, *optimi*, neque plus, neque minus recipit: ut foret, si diceretur, boni *l. 75. §. 2. D. de verb. oblig.* est igitur qualitas hoc in verbo incerta: in illo certa. Et pulchre Ulpianus *l. 74. §. 1. d. t. D. de verb. oblig.* certum, inquit, est, quod ex ipsa pronuntiatione apparet, quid, quale, quantumque sit, ubi autem non apparet, quid, quale, quantumque est in stipulatione, incertam esse stipulationem, dicendum est.

Deinde

Deinde ait Prætor, *Rerum creditarum nomine.* Hæc verba Edicto adscripsi ex Rubrica, juncta l. 1. § 2. h. t. accedit, quod illa sunt consentanea Edicti sententiæ: ab Ulpiano relatæ in l. 9. h. t. & volentis, certi condictionem a Prætoris hic propositam, non esse specialem mutui; sed esse generalem rerum creditarum. Hoc autem quo disertius intelligatur, notandus est juris progressus non inelegans. Audiamus. Certi condictio, ut videtur, primum inducta Jure Civili est ob solum mutuum. deinde sub ejus colore recepta etiam pro repetitione indebiti soluti, & in paucis aliis sub Titulo 1 v. hujus libri, & deinceps, expositis. argumentum hujus processus licet accipere ex l. 5 §. 3. D. de oblig. & act. §. 1. Inst. Quib. mod. re contrah. oblig. §. 6. Inst. De oblig. quæ quas. ex contr. Hoc sine se continuit Jus Civile & Fori Disputatio. sed non æque Prætor. contra is certi condictionem, quæ ante spectabat tantum ad mutuum, aut quod pro mutuo habebatur, hoc Edicto porrexit ad omnem obligationem ex qua certum debeatur. Ne dubita: quod dico, ostendit hoc Ulpiani d. l. 9. *Certi condictio competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur: sive ex certo contractu petatur, sive ex incerto.* In his Ulpiani verbis causa significat contractum: ut in l. 11. § 12. D. de verb. signif. & alibi sæpe. Ita sensus est, Possesse ex omni contractu, ex quo jure civili nascitur certi obligatio, fieri creditum l. 1. l. 2. §. 3. h. t. d. l. 11. § 12. eoque ex Edicto hic proposito rerum creditarum nomine competere certi condictionem. quid, si fides habita sit certum nudo pacto promittenti? non est jure civili creditum: quia non est causa, sive contractus, ex quo jure civili nascatur actio l. 10. D. de verb. signif. nec igitur ex nudo pacto competit certi condictio. Verum ut locum habeat certi condictio, oportet ostendi causam ex qua jure civili nascatur obligatio. nec refert Prætoris aut Ulpiani, qualis ea sit; sive ex certo contractu petatur, sive ex incerto. Ulpianus certum vocat contractum qui est nominatus; incertum qui est innominatus; quia alter habet certum nomen, certam formam, certam actionem: alter non habet certum nomen, nec certam formam, nec certam actionem, sed actionem præscriptis verbis quæ est incerta & innominata: ut apparet ex l. 1 §. 2. D. de rer. permut. Igitur ait Ulpianus, licere nobis per Prætorem, certum condicere ex omni contractu, tam incerto & innominato, quam certo & nominato, & recte: etsi enim incertum sit contractus nomen; potest tamen quod ex eo petitur, esse certum: idque sufficit, ut locum habeat certi condictio. finge: dedi tibi lancem, ut mihi Stichum dares: cessas dare. est mihi duplex actio: condictio ob rem dati, & præscriptis verbis: utriusque autem gratia certi condictio. Dummodo (sic pergit d. l. 9. Ulpianus) præsens sit obligatio: cæterum, si in diem sit, vel sub conditione obligatio, ante diem vel conditionem non potero agere. Ulpianus, ut ex causa crediti certum peti possit, postulat, puram esse obligationem. nimirum, quia tum cessit & venit dies: id est, tum nata est obligatio, & potest executioni dari statim: aliter ac si sub conditione aut in diem sit contracta. nam si sub conditione sit suspensa; dies ante existentem conditionem neque cessit, neque venit, tantum spes est debitum iri. ubi vero in diem contracta est obligatio, statim quidem cessit dies, & debetur; sed quamdiu non venit, id est, non præterit, non potest cum effectu agi: executione in diem dilata, ita fit, ut ante cum effectu præsens non sit.

Potest igitur certum peti rerum creditarum nomine, si sit obligatio ex contractu certo vel incerto.

Plus ait Ulpianus d. l. 9. §. 1. *Competit hæc actio etiam ex legati causa, & ex Lege Aquilia sed & ex causa furtiva per hanc actionem condicuntur.* sed & si ex Senatusconsulto agatur, competit hæc actio: veluti, si is cui fiduciaria hereditas restituta est, agere velit. Primum observat, certi condictionem rerum creditarum nomine competere etiam ex legati causa. Poterat ea in specie esse dubitatio: quia inter testatorem & legatarium nihil est actum, quo possit creditum videri. at nec heredis fidem contrahendo sequutus est legatarius. heres quoque, cum hereditate adita agnovit defuncti voluntatem, nihil deliquit. ita non magis ex maleficio tenetur, quam ex contractu, interim æquum est, aliquam legatario adversus heredem hoc nomine esse actionem. placuit igitur Veteribus, in hac specie esse obligationem quasi ex contractu ex eaque, tamquam si creditum esset, nasci certi condictionem ex testamento. Idemque in negotiis gestis & similibus obtinuit l. 28 §. 4. D. de jurejurando. Sed Ulpianus d. l. 9. ait, certi condictionem etiam competere ex Lege Aquilia. eoque exemplo vult, eam venire etiam ex maleficio, quia & hoc Veteribus est pro synallagmate. vocatur enim contractus malus l. 52. D. de rejudic. qui ut consensu destituatur, tamen ex facto seu re nascitur l. 4. l. 25 §. 1. D. de oblig. & act. & hoc modo pro credito est l. 12. D. de verb. signif. Sic Aristoteles lib. 5. De moribus ad Nicomachum c. 5. in fine. *Contractuum alii sponte nostra; alii nobis invitis sunt, exempli causa hi, venditio, emptio, mutuum, fidejussio, commodatum, depositum, locatio & conductio. Dicuntur vero sponte fieri, quia horum contractuum principium nostra sponte instituitur. Eorum autem qui nobis invitis sunt, alii sunt, clandestini, ut furtum, adulterium, veneficium, lenocinium, servi alieni deceptio, aut corruptio, cades dolo commissa, falsum testimonium, alii sunt violenti, ut verbera, vincula, mors, rapina, debilitatio corporis, maledicentia, contumelia.* Igitur quia credere est generale vocabulum, omnes complectens contractus quos alienam fidem sequuri instituimus l. 1. h. t. competit certi condictio ex omni causa, ex omni obligatione ex qua certum petitur, & de omnibus rebus. nam & rei vocabulum generale esse, Ulpianus refert d. l. 1. h. t. Sed ut supra dictum, præsertim competit de quantitate credita ex causa mutui. nam & quantitas res est; & in mutuo alienam fidem sequimur, mox recepturi quid ex hoc contractu. imo crediti appellatio tam propria mutuo est; ut sæpe pro mutuo accipiatur. exemplum in l. 15. D. h. t. l. 10. § 11. D. de verb. signif. & in hoc Senecæ lib. 3. De benefic. c. 10. *Dies prætere a beneficio reddendo non dicitur, sicuti credita pecunia.*

Sit igitur exemplum certi condictionis in hoc Edicto ex omni causa, ex omni obligatione: sed præsertim, si certum petatur ex mutuo. hoc vero ubi pono; nolo, agenti sufficere, si intendat, sibi certum deberi rerum creditarum nomine. contra volo, eum addere formam crediti, ex qua adversarium sibi certum debere affirmer. nam cum plurimæ sint crediti formæ; nisi petat ex speciali causa, verbi gratia, ex mutuo, non potest reus, cum in jus venit, scire, utrum cedere, an contendere debeat: etsi hoc velit Prætor supra sub Titulo De edendo. nec magis possit Index, formula generaliter atque infinite concepta a Prætoris, conijcere de qua causa id est, de quo facto, ipsum judicare oporteat: certo, quod qui ex una tenetur crediti specie, non idcirco tenetur ex altera. item, quod plus petens causa olim causa cadebat §. 33. Inst. de act. Sed verissimum est, certi condictionem ex mutuo venire speciem certi condictionis

generalis hoc Edicto proposita: in eaque actori esse exprimendam causam, se ea certum petere ex mutuo. Sic censeo, sequutus Imp. Justinianum *pr. Inst. Quib. mod. re contrah. oblig.* nam hoc significat; cum sic scribit, *Ex eo contractu nascitur actio quæ vocatur condictio.* idemque ante indigitavit Ulpianus *l. 28. §. 4. D. de jurejurand.*

Nunc cetera videamus; & primum, cui ex mutuo detur certi condictio, est autem rationis, dari ei qui quantitatem mutuo dedit, modo sit paterfamilias: quia tum ejus est actio, at si filiusfamilias sit, non est ejus actio, sed patris in cujus potestate sit; & ideo non ei, sed patri danda. sic in directa actione, atque ex regulis juris. nam in factum actionem etiam filiusfamilias exercere posse, Ulpianus auctor est *l. 13. D. de oblig. & act.* quæ est ex ejus libro 1. Disputationum, & conjungenda cum *l. 17. D. h. t.* quæ est ex eodem libro. sic vero discimus, quod actione in factum, sive utili, quæ extraordinarium judicium ibi vocatur, non semper adjuvatur filiusfamilias: sed tum in primis, si viaticum suum (id est, quod pater ei dedit in sumptum studiorum. proprie viaticum est sumptus viæ: sed alio quoque transferri, testatur A. Gellius *lib. 17. Noct. Attic. c. 2.*) mutuum dederit, Romæ agens studiorum causa, cum pater esset in provincia: nec apparet patris procurator, eoque modo futurum esset; ut filiusfamilias propter juris subtilitatem egestate laboraret adversus patris voluntatem *l. 18. §. 1. D. de judic.* Sed de origine, progressuque hujus juris jam disserui uberius supra sub Titulo, *De judicis.*

Datur igitur certi condictio ex mutuo ei qui mutuum dedit. imo aliquando ei qui non dedit. sit exemplum in *l. 9. §. 8. D. h. t.* Verba; *Si nummos meos tuo nomine dederò, velut tuos absente te & ignorante, Aristo scribit, adquiri tibi conductionem. Julianus quoque de hoc interrogatus lib. 10. scribit, veram esse Aristonis sententiam: nec dubitari, quin si meam pecuniam tuo nomine, voluntate tua, dederò, tibi adquiratur obligatio; cum quotidie credituri pecuniam mutuam, ab alio poscamus, ut nostro nomine creditor (meus &) futuro debitori.* Sic Florentiæ nullo sensu. Optime Haloander, *Ut nostro nomine creditor numeret futuro debitori nostro.* Obscurus locus est: & ut intelligatur, observandi in eo sunt duo casus. Unus est, si nummos meos tuo nomine dederò velut tuos, absente te & ignorante. alter, si eos dederò tua voluntate, sive mandatu tuo. initium sumam a posteriore. igitur si nummos meos tuo nomine dederò, velut tuos voluntate tua: quæritur, utri competat certi condictio, mihi, an tibi? & quidem convenit mutuo, eum qui suam dedit pecuniam, eamque accipientis fecit, ex mutuo habere certi conductionem. sed est singulari jure receptum; ut, si meam pecuniam tuo nomine, tua voluntate, mutuam dem, tibi obligatio adquiratur. primum quia is qui accepit, ea fuit cogitatione, ut a te acciperet. deinde solet pecuniam crediturus, eam poscere ab alio, puta, suo procuratore aut debitore. ex his igitur causis placuit, perinde esse in proposito, ac si ego pecuniam numerassem tibi, tu deinde roganti mutuam dedisses. recedebat quidem hoc a regula juris: quæ volebat, me contrahere mutuum, nisi de meo facerem tuum. etiam erat contra aliam, quæ dicitur, per liberam personam non adquiri nobis obligationem. sed (ut ait Ulpianus *l. 15. D. h. t.*) est singulari jure, vel (ut Africanus *l. 34. D. Mandati*) est benigne, receptum adversus utramque regulam; ut si procurator, vel debitor, suam pecuniam mea voluntate, meoque nomine, mutuam det, ex ea numeratione mihi per eum per-

inde adquiratur certi condictio, ac si ipse pecuniam numerassem. Atque hoc in illa specie esse citra dubitationem, Julianum dixisse, Ulpianus ait. Quid, si meam pecuniam tuo quidem nomine dedi, sed te ignorante & absente? hæc est altera species *d. l. 9. §. 8.* in eaque erat major dubitatio: quia, ut tibi invito per me sic acquireretur obligatio, id non videbatur rationi consentaneum. placuit tamen Aristoni, & post eum Juliano, dissentientibus forte aliis, etiam hoc casu tibi adquiri certi conductionem, quasi per traditionem brevis manus, si approbaveris nomen: eo quod rati habitio retrahitur, & cum mandato comparatur. Sed quid, si tu cujus nomine a me facta est numeratio, eam improbes, recusata certi conductione? certum est, invitum te non cogi, eam exercere, an igitur ego hanc habeo ex numeratione mea? atqui non volui eam mea numeratione mihi adquirere, sed tibi, proinde non habeo directam actionem, quia tua est cujus nomine numerata est pecunia, etiam si ratum non habes contractum tuo nomine gestum; mutuo sic recepto singulari jure adversus juris subtilitatem. nec tamen invitus cogaris eam exercere. plane utilem dari mihi qui numeravi, si tu cujus nomine numerata est pecunia, eam ratam non habeas, neque iniquum fuerit, neque citra exemplum *l. 4. C. h. t. l. 1. C. de oblig. & act.*

Dixi, cui detur certi condictio ex mutuo. dicam, adversus quem detur. datur autem adversus eum qui mutuo accepit: utique, si jure posset accipere: nam si non posset, licet de facto acceperit, adversus eum non datur hæc ex mutuo certi condictio. exemplum in pupillo: de quo ita scribit Licinius Rufinus *lib. 8. Regularum: Pupillus mutuam pecuniam accipiendo ne quidem jure naturali obligatur.* Sensus est, tantum abesse, ut pupillus jure civili teneatur accipiendo mutuam pecuniam; ut nec naturali jure obligetur: si adversus eum dirigatur naturalis obligatio: nam tum ea eximitur, propter conditionem personæ suæ. ceterum adversus tertium qui pro eo quocumque modo intervenit, sustinetur: ut alibi dicam. quod si locupletior factus sit pupillus; placuit, eum etiam civiliter teneri *l. 4. §. 4. D. de dol. mal. except.* post Constitutionem D. Pii *l. 3. §. 4. D. de negot. gest. l. 3. D. Commod.* Quid de minore dicemus? is si habet curatorem, quia non absimilis habetur prodigo cui dato curatore bonis interdictum est, contrahendo jure civili non obligatur: sed si destituatur curatore, quia liberam habet administrationem suarum rerum: verius est, eum recte obligari jure civili: sed posse in integrum restitui. *3. C. de in integr. restit. min.* sed quo modo; pulchre disputat Gajus *l. 27. §. 1. D. de minorib.* De filiofamilias hic quidquam dici, nihil attinet: quia de eo ex professo agitur sub Titulo, *De Senatusconsulto Macedoniano.*

De civitatibus videamus. de his ita scriptum ab Ulpiano est *l. 27. D. h. t.* Civitas mutui datione obligari potest, si ad utilitatem ejus pecuniæ versæ sunt: alioquin ipsi soli qui contraxerunt, non civitas, tenebuntur.

Vix opus est addi, ad quid ex mutuo competat certi condictio; cum supra ostensum sit, in eo quantitatem dari ea lege, ut tantumdem, non minus, reddatur in eodem genere & qualitate. potest igitur debitor a creditore ad hoc conveniri; & si id solverit, extincta erit condictio certi ex mutuo. Sic Seneca, *lib. 2. De benefic. c. 18. Diligentius querendus beneficii, quam pecunie creditor. huic enim reddendum est, quantum accepi, & si reddidi, solutus sum*

ac liber. Si tamen debitor nolit simul totum solvere debitum; an est audiendus, si paratus sit, id per partes solvere? Hanc quaestionem proponit Julianus l. 21. D. h. t. quæ est conjungenda cum l. 8. D. Si pars hered. petat. cum utraque sit ex Juliani lib. 48. Digestorum, & ejusdem tenoris. explicui utramque supra sub d. t. Si pars hered. petat.

Reliquum est, ut de officio Judicis dispiciamus. Id in hoc judicio, quod est stricti juris, quippe cum mutuum sit contractus ab una tantum parte obligatorius, aut condemnatione aut absolutione finitur: cum in bonæ fidei judiciis sit latissima Judicis potestas ex æquo & bono statuendi quod ei videtur §. 30. Inst. de actionib. quare hoc judicium etiam incertum appellatur: cum illud sit certum; ubi Judicem formula includit, & certos quos non excedat, terminos ponit. non igitur potest in præsentî Judex condemnationem plurius aut minoris facere: sed ut dixi, tantum potest reum absolvere aut condemnare. & ita Ulpianus in l. 1. D. de interrog. in jur. fac.

De usuris videamus. has ex mutuo non deberi, mutuo consequens est: quippe cum mutuum sit gratuitum. Sit ita, si mora nulla intervenerit, sed quid, si illa accusetur? adhuc idem jus est: angusta Judicis potestate, utique, si nihil sit de usuris pactum. imo & si sit: nam ne sic quidem debentur; quia pactum, quamvis in continenti adjectum contractui stricti juris, cum eum auget, ei non inest, ut supra demonstratum. quid ergo est? solum debentur ex mutuo usuræ; si sint stipulatione promissæ: tum enim ex stipulatu petuntur; nec jam mutuum, sed fœnus appellatur. Nonius: *Mutuum a fœnore hoc distat: quod mutuum sine usuris, fœnus cum usuris sumitur. & est accepti fœnus. unde & fœnus dictum est, ut Græce τὸν, quasi partus mutui sumpti.* Plaut. *Asin.* Nam si mutuo non potero, certum est, sumam fœnore. Unde honestius mutuum est, quod sub amico affectu fiat, tamen usu temporis necessari fœnore sumere decet. Sed de usuris proprio

Titulo lib. 22.

* * *

T I T U L U S II.

De jurejurando, siue voluntario, siue necessario, siue judiciali.

Ulpianus lib. 22. Ad Edictum egit de interrogationibus in jure faciendis: monstrante Inscriptione l. 2. 4. 6. 11. §. 21. D. de interrog. in jur. fac. eaque occasione explicuisse caput Edicti De jurejurando, spectans ad exceptionem reo dandam, si juraverit conditione delata, intelligitur ex Inscriptione, & l. 5. 7. 9. D. h. t. An attigerit caput propositum de danda actori actione in factum, qui delata conditione similiter juraverit, vix dubito, propter tenorem l. 12. §. 13. D. d. t. quæ etiam sunt ex eodem lib. 22. Cætera Edicti de jurejurando capita Ulpianus conjunxit cum tractatu De rebus creditis lib. 26. Ad Edictum: ut claret ex collatione Inscriptionis l. 1. l. 9. l. 13. D. de reb. cred. cum l. 34. D. h. t. quo modo a Justiniano in Codice positus est Titulus, De rebus creditis & jurejurando; item a Paulo lib. 2. Sentent. tit. 1. est, De rebus creditis & jurejurando.

Unde dictum sit jusjurandum, non est una Eruitorum sententia. Scipio Gentilis lib. sing. Origin. sequutus Apulejum, De Deo Socratis, putat, jusjurandum dici quasi Jovis jurandum. Sed non placet Gerardo Johanni Vossio, Etymologic. existimanti, juro a jure dici; cum qui jurat, religiose spondeat, le aliquid, ceu jus esset, servaturum: itaque pro jurando etiam dici jusjurandum. Ego hoc, ut incertum, nec magni momenti, Grammaticis relinquo.

Transio ad definitionem. est autem jusjurandum, (ut Cicero definit lib. 3. De officiis) affirmatio religiosa, primum, cum esse ait affirmationem, non opponit eam negationi: sed omnem designat asserverationem, siue affirmationem, siue negationem, complectatur: nam jurejurando æque negari, atque affirmari, suis exemplis sub h. t. constat. Religio porro (ut Nonius ait) est, Deorum cultura & metus. Inde jusjurandum est, affirmatio religiosa: siue affirmatio quæ fit cum metu Divini Numinis: approbante Ulpiano l. 8. D. de condit. instit. & recte: fit enim jusjurandum semper cum execratione sui, Deo qui omnia scit, & omnia valet, adhibito perjurii teste, & vindice. Apud Ovidium inde lib. 7. Metamorph. fab. 1. v. 46. est.

Et dabit ante fidem, cogamque in fœdera testes
Esse Deos.

Item lib. 3. v. 457. De arte amandi.

Parcite Cecropides juranti credere Theseo.

Quos faciet testes, fecit & ante Deos.

Est igitur jusjurandum, affirmatio religiosa: eaque interdum fit directo per Deum, ut si quis palam jurat per Jovem, per Mercurium, aut similem quem sibi proponit Deum. fit etiam per rem aliam respectu Divini Numinis. illud verum, hoc quasi jusjurandum vocari potest. & est exemplum: si quis jurat per salutem suam, per caput suum, per oculos suos, eorumve qui ei sint carissimi. Otiosi sit, adferre testimonia: occurrunt passim. potius monebo, quod talis formula pro religiosa assertione habetur; quasi velit jurans, a Deo puniri in oculis in capite suo, aut eorum qui ipsi sint cariores, quam ipse est sibi. ita ut ea palam non fiat Dei mentio: at creditur respectu Divini Numinis fieri l. 33. D. h. t.

Dixi, quid sit jusjurandum. quæris, quotuplex sit? Est duplex: unum promissorium, alterum assertorium. illo promittit quis, se daturum aut facturum. hoc affirmat aut negat. Sed vis promissorii jurisjurandi est tenuis, an nulla jure civili; sicut pacti nudi: non invento jurejurando ad hoc, ut homo alii obligetur ad dandum aut faciendum: sed ut Deo teneatur ad pœnam, si sciens fallat. igitur jurata conventio, jure civili habens obligandi vim, tenebit promittentem: ut in hoc Tertulliani, De idololatria c. 23. Pecunias de Ethnicis, mutuantes, (sub pignoribus fiduciari, jurati cavent. Contra conventio non habens vim obligandi, non tenebit promittentem, etsi accedente jurejurando. una est exceptio in jurejurando liberti, jurantis patrono obsequium, operas, & munus: non ex natura jurisjurandi, sed vi Legis Juliæ & Papiæ, jusjurandum ea in specie confirmantis: ideoque ad alios præter libertos per consequentiam non porrigendæ: usque adeo, ut Paulus l. 5. D. de fidejussorib. Si quis, inquit, pro eo qui libertus non esset, & operas præstaturum se jurasset, fidejussor erit, non tenebitur. Sed de hoc jam egi lib. 3. De fœnor. & usur. c. 1. Assertorium jusjurandum in Rubrica triplex est: voluntarium, necessarium, & judiciaire. Voluntarium puta, quod a parte parti extra judicium mutuo consensu defertur aut refertur est etiam voluntarium quod pars parti defert in judicio:

cio : nam vel ibi volens defert jusjurandum, invitus non defert, recte igitur jusjurandum vel in judicio delatum, voluntarium appellatur. at nec ille cui delatum in judicio est jusjurandum, ejus præstandi necessitate tenetur. Scio, Prætor apud Ulpianum *l. 34. §. 6. h. t. Eum*, inquit, *a quo jusjurandum petetur, solvere aut jurare cogam*. Sed mox subjicit Ulpianus *§. 7. Datur autem & alia facultas reo, ut si malit, referat jusjurandum*. Est igitur voluntarium jusjurandum, in judicio delatum; quia a nolente præstare, referri potest: alioquin ejus voluntate præstatur. Necessarium jusjurandum est, quod in judicio est relatum: nam hoc neque recusari, neque referri, potest. Et optime Ulpianus *d. §. 7. Si is qui petet, conditione jurisjurandi (relati) non utetur, judicium ei Prætor non dabit: aequissime enim hoc facit, cum non deberet displicere conditio jurisjurandi ei qui detulit*. Judiciale iusjurandum vocatur, quod a Judice alterutri litigantium causa cognita defertur in causis dubiis atque ambiguis *l. 31. D. h. t.* Posset & hoc dici necessarium: quia neque recusari, neque referri, potest. rectius tamen judiciale dicitur proprio nomine: tum quia a superiore separandum fuit; tum quia a Judice, non a parte parti, deferri solet. Vides divisionem Rubrica comprehensam, ac meo judicio non absurdam. Sed eam damnant multi: inter cæteros Franciscus Polletus, *lib. 4. Hist. For. Rom. c. 13. p. 383.* existimans, parum ingenuam esse, ac Polletum juvare creditur Gajus *l. 1. h. t.* verbis sequentibus: *Maximum remedium expediendarum litium in usum venit jurisjurandi religio: qua vel ex pactione ipsorum litigatorum, vel ex auctoritate judicis, deciduntur controversiæ*. Gajus tantum duplex facit jusjurandum: voluntarium & judiciale: omisso necessario. Sed quid vetat, Gajum sic accipi, quasi sub jurejurando ex litigatorum pactione omne complectatur jusjurandum ex litigantium voluntate præstitum; siue sit mera utriusque partis voluntas, siue a delatione unius, & relatione alterius, habeat causam: nam relatum, etsi ex Edicto Prætoris accipiat necessitatem; originem duxit ex pactione, id est, ex consensu litigatorum: nec, ob factam relationem, ex voluntate, vel ut Gajus ait, ex litigatorum pactione, venire desinit. utique fuit deferenti integrum, deferre aut non deferre jusjurandum: sed cum voluit adversario deferre, etiam voluit, ei esse referendi ejus facultatem: sciens, jusjurandum adversario a se delatum, sibi jure Prætorio ab eo referri posse. Sit igitur delatum in judicio jusjurandum voluntarium; & relatum necessarium: est tamen utrumque ex pactione, id est, ex consensu, litigatorum; eoque ut Gajus ait *d. l. 1. h. t.* duplex: aliud ex pactione ipsorum litigatorum, aliud ex auctoritate Judicis: cum præsertim hoc litigatorum consensum, siue pactionem, non desideret.

Missâ hæc facio: properans ad Edicti capita, fuisse complura, primum sic concinno ex *l. 3. l. 5. §. 4. l. 6. §. 1. 7. D. h. t.* *Si is cum quo agetur, conditione delata, juraverit, aut ei remissum fuerit jusjurandum, ejus rei de qua jusjurandum delatum fuerit, neque in ipsum, neque in eum ad quem ea res pertinet, actionem dabo*. Hoc capite Prætor reo, qui conditione delata juraverit, se non debere, exceptionem promittit, si ab auctore iterum conveniatur. Auctor Ulpianus; *Eum*, inquit, *cum quo agetur*, accipere debemus ipsum reum *l. 3. h. t.* At qualem? non distinguit Prætor. & recte Paulus; *l. 26. h. t.* Qui jurasse dicitur, nihil refert, cujus sexus, ætatisve sit: omni enim modo debet custodiri jusjurandum adversus eum qui contentus eo, cum deferret, fuit. De pupillo, si juraverit,

potuit dubitari: propter jurisjurandi formulam, *Si sciens fallo*: (cujus formulæ exempla apud Brissonium *lib. 8. De formul. p. 710. & seq.*) nam hujus capax non est pupillus: quia non videtur pejerare qui sciens fallere non videtur. Sed nil mutat Paulus *d. l. 26.* arbitratus, a Prætoris non quæri, quis juraverit: sed an is juraverit, delata conditione, id est, quasi ex conventionem: quod si sit; imputare sibi debere eum qui pupillo jusjurandum detulit. Quaecumque igitur sit reus; ipsi si juret, prodest jusjurandum. si alius juret; non prodest reo: quia de reo loquitur Prætor: de alio non loquitur. Si tamen servus juraverit, dominum dare non oportere; non resistit Ulpianus, quo minus indulgenda domino exceptio sit: & bene addit, quod sibi imputabit qui servo detulit jusjurandum *l. 23. D. h. t.* cum servus, tamquam instrumentum domini, ejus conditionem possit facere meliorem. Multo magis, inquit Paulus, patri proderit religio filii: quia non modo patri per filium acquiritur, sed potest etiam judicium cum filio consistere *l. 24. h. t.* Sic: si servus meus juraverit, delato ei jurejurando. sed finge, relato jurasse, rem domini esse, vel ei dari oportere. Aliquis putet, jam inutiliter jurari: quia jusjurandum de re domini deferre non potest servus: ne deteriore faciat domini conditionem, etsi aliud sit in causa peculii, cujus liberam habet administrationem *l. 21. §. 22. h. t.* Sed contra sedet Ulpiano, adhuc dandam mihi actionem vel pacti exceptionem, propter religionem & conventionem. *l. 25. d. t.*

Ait igitur Prætor: *Si is cum quo agetur, juraverit; & liquet, intelligere reum*. Nondum liquet, quid significet hoc, *agetur*. Nam & civiliter & criminaliter dicitur agi in *l. 1. D. de stellionatu*, & in Rubrica Codicis, *Quando civilis actio criminali præjudicet*. Proprie tamen actio convenit civilibus causis: in criminibus magis accusatio appellatur *l. 16. C. Ad Leg. Cornel. de fals.* In proposito autem retineri propriam verbi significationem oportere, evidens habeo argumentum: quod de criminibus extra ordinem cognoscit Præfectus Urbi: Prætoris imperium contra civilibus causis finitur, id si est, ut est verissimum; an Potuit Prætor, in Edicto faciens mentionem actionis, sub ea complecti extraordinariam criminum accusationem de qua jus cognoscendi pronuntiandique non habebat? ego de hac eum ne cogitasse quidem, pro explorato habeo. Ad hoc argumentum accedit alterum: quod rationis fuit, litigantes de sua actione, id est, de privata eorum utilitate pacisci, eoque jusjurandum certa lege deferre: at de utilitate vindicandæ publicæ disciplinæ, quo unice spectant criminalia judicia, non posse eos transigere aut pacisci, alibi dictum. qui igitur ea jurisjurandi delatione aut relatione tollere atque intervertere, eis jus sit, numquam potui ad conjecturam evadere. Sed clare Paulus *lib. 2. Sentent. tit. 1.* sic scribens: *In pecuniariis causis si alter ex litigatoribus jusjurandum deferat, audiendus est: hoc enim & compendio litium & æquitatis ratione provisum est*. Paulus causas in quibus jusjurandum alteri litigantium ab altero deferatur, pecuniarias esse attestatur: sicut & Ulpianus *l. 34. D. h. t.* rationem autem hujus juris duplicem adfert Paulus *d. tit. 1.* una est utilitas minuendarum litium, altera æquitas de propriis rebus pro cujusque arbitrio disponendi: utraque ad privatam, neutra ad publicam, utilitatem spectat. Putemus igitur, actionis nomine a Prætoris solas civiles & pecuniarias hoc Edicto designari. Et tamen vel in civiles actiones cadere potest dubitatio: actionis significatione aliquando angusta, ali-

aliquando lata prout mens scriptoris, postulat *l. 178. §. 2. D. de verb. signif. l. 37. D. de oblig. & act.* Sed simpliciter loquitur Prætor, *Si is cum quo agetur:* nec actioni modum injicit. videtur igitur sensisse de omnibus actionum formis, ad ejus jurisdictionem pertinentibus: præsertim nulla causa, cur restringenda in Edicto sit actionis potestas: pari in omnibus utilitate tollendæ litis remedio jurisjurandi ex utriusque voluntate delati & præstiti sine tertii injuria. Sed profecto unusquisque est suæ rei in paciscendo transigendoque arbiter & moderator: quid ni in delatione & præstatione jurisjurandi, pactionem & transactionem in omni privata actione continentis? Hoc Ulpianus *l. 3. §. 1. & seqq. h. t.*

Porro ait Prætor, *Conditione delata:* Quid hoc? Donatus ad Terentium *Andria act. 1. sc. 1. Condicio*, inquit, *est pactio certam legem in se continens.* Inde conditionem terre, vel deferre, est præscribere formulam: qua impleta, placeat a lite discedi. Hoc sensu Livius *lib. 37. c. 1* Verba Livii: *Due conditiones illis late sunt: vel Senatui liberum arbitrium de se permitterent; vel mille talentum darent.* Optime igitur in *l. 3. D. h. t.* sic Ulpianus, *Nec frustra adjicitur, conditione delata. Nam si reus juraverit, nemine ei jusjurandum deferente, Prætor id jusjurandum non tenebitur.* Quam ob rem? ait: *Quia sibi juravit:* jurans, non delata ab actore conditione. Et commode addit: *Alioquin* (id est, si liceret sic jurare) *facillimus quisque ad jusjurandum decurrens, nemine sibi deferente jusjurandum, oneribus actionum se liberabit.* quod nec civilis, nec naturalis ratio patitur. Ut igitur reo proffit jusjurandum, vult Prætor, eo delato esse juratum; plus postulat, ita præstitum esse, uti delatum est. Videlicet, fuit ei negotium, jusjurandum pro probatione futurum inter litigantes, præstari genere quodam conventionis. Ac movisse eum videtur, quod omne jusjurandum est inventum religionis injiciendæ causa: quæ non est omnibus ex omni re una: sed pro varietate superstitionis alii alia. hac ratione credidit, æquum esse reum jurare; ut actor voluit jurari sibi, etsi propria superstitione *l. 5. §. 1. h. t.* modo licitum fuerit jusjurandum: & si ita juratum sit, servari fidem delati & præstiti jurisjurandi: sin aliter, non servari adversus actorem cui non sit juratum. Ne sine auctoritate sit interpretatio, allegabo Ulpianum *d. l. 3. §. ult.* ita scribentem: *Jurare oportet, ut delatum est jusjurandum. ceterum si ego detuli, ut per Deum jurares, tu per caput tuum jurasti: non erit ratum habendum jusjurandum. quod si exegi, ut per salutem tuam jurares, & jurasti: stabitur jurisjurando: quia omne omnino licitum jusjurandum per quod voluit quis sibi jurari, idoneum est; & si ex eo fuerit juratum, Prætor id tenebitur.* Ego detuli tibi jusjurandum, ut per Deum jurares: extortura tibi verum reverentia Divini Numinis, tu per caput tuum jurasti: arbitratus, non nominato Deo, non contemni religionem, nec pejerari: magis rem ludicram esse. Non jurasti, uti Prætor voluit, conditione delata, id est, non ex præscripto meo. non igitur jurasti mihi, sed tibi. Atqui hæc quoque formulæ in diras desinunt, & pro jurejurando sunt. Non nego, si id convenerit. At si non ita delatum est jusjurandum: Prætor id non habet ratum. Optime sic Ulpianus *l. 33. D. h. t.* *Qui per salutem suam jurat, licet per Deum jurare videtur, respectu enim Divini numinis ita juratur, attamen si non ita specialiter jusjurandum ei delatum est, jurasse non videtur: & ideo ex integro solemniter jurandum est.*

Igitur ut reo proffit jusjurandum, oportet juratum esse, conditione delata, A quo? flet Edictum.

De jurejurando, sive voluntario, &c.

227

solum dicit, *Si conditione delata juraverit:* nec a quo delata sit, inquit. Sed mihi sedet, quod deest Edicti verbis, juris comparatione supplere quasi ex Edicti mente. huic interpretationi fundamentum: quod jusjurandum a Veteribus dicitur cedere pro pacto, pro solutione, pro judicio *l. 35. §. 1. D. h. t.* nec patitur ratio, alterum per alterum his & similibus lædi. an igitur sinat, injuriam fieri jurejurando? Melius ominantur Diocletianus & Maximianus *l. 7. C. de rebus creditis*, Eutychianæ cuidam sic rescribentes: *Nec filius, nec quisquam alius, nec litigando, nec paciscendo, sed neque jusjurandum citra voluntatem domina rei deferendo, præjudicium ei facere potest.* Quid, si patris æquitatis sit; ne quis ipse noceat sibi, nisi quod agit, sciat & intelligat? Sic eo devenitur; ut opus sit, delaturum jusjurandum non modo litis dominum esse, sed etiam habere jus res suas administrandi. Ab hac causa Paulus *d. l. 35. §. 1. h. t.* negat, prodigum, licet sit rerum suarum dominus, jusjurandum deferentem, audiendum esse: quia interdicta ei bonorum administratione, ultra non putatur esse ad deferendum jusjurandum habilis: qualem desiderat Edicti sententia. idque firmat Paulus hoc argumento: quod neque pacisci, neque litigare in judicio, neque solvere ei permittitur: cum jusjurandum pacti judicii, solutionis, aut imaginem aut effectum habeat. Quod de prodigo dictum, Paulus *d. §. 1. l. 35.* admittit in cæteris similibus. nec dubito, quin designet pupillum: quem in *l. 17. §. 1. h. t.* refert, tutore auctore jusjurandum deferre debere: quod si sine tutore auctore detulerit, exceptionem quidem obstatutam, sed replicandum fore, Quia rerum administrandarum jus ei non competit. Idem vel simile in minore viginti quinque annis, utique habente curatorem: nam amissa bonorum administratione, prodigo non ab similis habetur. quid, si sine curatore sit constitutus? jam sui juris est, & adhuc habet rerum suarum administrationem; nec est causa, cur non valeat ab eo facta jurisjurandi delatio: ut tamen captus lubrico ætatis, possit in integrum restitui, causa cognita *l. 3. C. de in integr. restit. min.* Sed hoc in proposito tractat Ulpianus *l. 9. §. 4. D. h. t.* illustratus supra sub Titulo, *Quib. ex caus. majores.*

Sit igitur hæc, quam quærimus, Prætoris sententia, oportere jusjurandum reo esse delatum ab actore qui sit litis dominus, & habeat bonorum administrationem. Et tamen si non sit vere talis, modo juris intellectu pro eo habeatur; non fuerit absurdum, vel huic idem concedi jus quod domino. Talis lege fit tutor, quatenus ad providentiam pupilli attinget *l. 27. D. de admin. tut.* ideoque ratum habetur jusjurandum ab eo delatum pupilli nomine *d. l. 17. §. 2. h. t.* Similiter domino ejus voluntate assimilatur procurator; sive habeat speciale mandatum ad deferendum jusjurandum; sive sustineat omnium bonorum administrationem. ceterum in rem suam procurator nomine procurator, re vera dominus est. *d. l. 17. §. ult.* Plane, si mandatum fuit procuratori, ut petat; ille jusjurandum detulit: negat Ulpianus, servari jusjurandum: hac ratione, quod aliud fecit, quam ei mandatum est *l. 19. h. t.*

Nec hoc sileri oportet: quod inter dominum & eum qui domini loco sit, interest: quod illius liberum est arbitrium etiam in abutendo: istius potestas administratione terminatur. itaque alteri licet jusjurandum deferre, etiam cum alia suppetunt probationes: alteri, nisi omnibus probationibus deficientibus, non licet. Hoc non dicam clara evincit ratio: sed Paulus *l. 35. h. t.* Præterea observat Ulpianus

pia-

pianus l. 1. §. 1. D. Quar. rer. act. non dat. ita juris esse, ne tutor jusjurandum alibi, quam in judicio, deferat.

Fere mihi exciderat, quod Prætor, promittens servare jusjurandum, a reo delata conditione præstitum, non sic accipiendus est; quasi nolit interesse, utrum id quandocumque, an statim ac delatum est, susceptum aut impletum sit. contra ait Ulpianus l. 5. §. ult. h. t. si neque juratum est, neque remissum jusjurandum; id est, si non juravit statim, ac delatum est jusjurandum, aut si non statim fuit paratus jurare: pro eo debet haberi, atque si res in jusjurandum admissa non esset. proinde si postea paratus sit reus jurare: nihil ei hoc jusjurandum proficiet: quia ex eo quod delatum est, juratum non est.

Deinde ait Prætor: *Aut jusjurandum ei remissum fuerit.* Hæc verba sum mutuatus ex l. 5. §. ult. §. l. 9. §. 1. sed quid volunt? Paulum audi l. . h. t. sic scribit: *Remittit jusjurandum qui deferente se, cum paratus esset adversarius jurare, gratiam ei facit: contentus voluntate suscepti jurisjurandi. Quod si non suscepit jusjurandum, licet postea parato jurare, actor nolit deferre, non videbitur remissum: nam quod susceptum est, remitti debet.* Abuterer orio; adhuc instituens probare, jusjurandum remittere, & jurisjurandi gratiam facere, apud Paulum idem significare. dudum hoc occupavit Brissonius *De verb. signif.* & Torrensius, *Notis ad Suetonium.* Utilius observabo, a Paulo dici, jusjurandum remitti; si actor videns jusjurandum quod reo detulit, ab eo suscipi, (hoc enim Paulo est, reum esse paratum jurare) præsens verbis declararet, se esse contentum voluntate suscepti jurisjurandi. at non ita esse; si actor, reo non suscipiente statim jusjurandum, ac deferretur, sed postea, quam ad alia negotia est discessum, parato jurare, id est, jurisjurandi præstationem post intervallum offerente, eum nolit ad jusjurandum admittere. & causatur Paulus, non remitti reo jusjurandum, nisi susceptum in continenti: hoc vero non esse susceptum. igitur posse quidem revocatum videri: remissum vero non videri: proinde actori esse adhuc integrum jus deferendi, aut non deferendi jurisjurandi. Sed apparet, posse præsentem & scientem remitti jusjurandum. An absenti quoque & ignoranti potest? Labeo patitur apud Pomponium l. 41. D. h. t. modo (sic mihi sedet) ante fuerit susceptum forte a præsentem; aut per nuncium, perve epistolam ab absente. hoc igitur modo Pomponius, per epistolam, inquit, gratia jurisjurandi fieri potest. Habes meam sententiam, alia est Jacobi Rævardi lib. 5. Var. c. 2.

Sequitur in Edicto: *Ejus rei de qua jusjurandum delatum fuerit, neque in ipsum, neque in eum ad quem ea res pertinet, actionem dabo.* Res multa significat. Aufonius *Edyll.* xii.

Imperium licet venerem cur una notet res.

Hic pro lite accipitur; non tamen pro actione qua illa lis exercetur: sed pro causa quæ fuit in controversia, & est jurejurando transacta. id liquet ex l. 28. §. 4. 6. §. 7. suffecerit, exposuisse d. §. 4. species talis est. Aliquis in actione mandati, negotiorum gestor, pro socio, aut simili, juravit, se nihil debere. id adversus fidem delati & præstiti jurisjurandi eadem actione iterum conventus, potest se tueri exceptione jurisjurandi. Sed fac, alia conveniri actione; puta, condictione Si certum petetur, cum omnibus superioribus solita concurrere l. 9. D. de reb. credit. an licet reo vel hic uti exceptione jurisjurandi? non est, fateor, juratum de certi condictione. interim est juratum de ea re, de ea causa, de ea quaestione, ex qua nata est certi conditio qua nunc agi-

tur. placet igitur, vel in ea obstare jurisjurandi exceptionem: quia ut non sit eadem actionis forma, at eadem vertitur quaestio. fuerit argumentum, quod altera actio per alteram consumitur. proinde si de eadem quaestione juratum est; debet jusjurandum de ea delatum & præstitum, quacumque actione de ea agatur, pro veritate haberi d. l. 28. §. 4. &, ut dixi, obtinere jurisjurandi exceptio; quia est de hac juratum: si alia vertatur quaestio, non obtinere; quia de ea juratum non est. Non adfero exempla: sunt pulchra & clara d. l. 28. §. 5. 7. 8. §. l. 36. h. t.

Ait igitur Prætor, se non daturum actionem ejus rei siue quaestionis de qua juratum est. Nec dubium est, quin rei appellatione veniat res tota. nec minus pars, quamvis verba Edicti de re loquantur: in parte simili æquitate quæ est in tota l. 7. D. h. t. cum in toto pars insit l. 113. D. de reg. jur. & appellatione rei etiam pars contineatur l. 72. D. de verb. signif.

Porro ait Prætor: *Neque in ipsum, neque in eum ad quem ea res pertinet, actionem dabo.* Verba, actionem non dabo, patent latissime: non adscripto modo aut conditione. Inde Ulpianus l. 5. §. 2. D. h. t. Dato, inquit, jurejurando non aliud queritur, quam an juratum sit, remissa quaestione, an debeat, quasi probatum sit jurejurando. Æque Julianus l. 15. D. de except. Verba: *Adversus exceptionem jurisjurandi replicatio doli mali non debet dari: cum Prætor id agere debet, ne de jurejurando cujusquam queratur.* De quo in sequentibus plura.

Nunc videndum, quid indigent verba, *Actionem non dabo.* Aliquis putet, ea loquendi forma actionem ipso jure infirmari. Sed errabit: non est enim Prætoris, palam & directo tollere actionem jure civili subnixam: quia non est ejus, abrogare Leges Populi, sed eas exequi. Verius non ignorat Prætor, actionem, etiam post delatum & præstitum jusjurandum, adversus reum summo jure competere. verum ubi placuit partibus, a lite recedi sub lege præstandi jurisjurandi: visum ei est iniquum, deinde neglecta pactio, de perjurio queri: ac proinde actori denuo agenti actionem denegat: quasi ex utriusque consensu satis probato, nihil deberi l. 5. §. 2. §. l. 11. §. 3. D. h. t. quo casu legibus nulla daretur actio. Sic; si liqueat, juratum esse. at si controversia sit, an juratum sit: jam actionem quidem dat actori: sed addita exceptione, Extra quam si juratum sit, delata ab eo conditione: l. 9. D. h. t. §. 4. *Inst. de except.* eoque facto, nihil interest, utrum ipso jure non habeat actionem, an per exceptionem infirmetur l. 112. D. de reg. jur.

Igitur pollicetur Prætor exceptionem ei qui juravit; etiam ei ad quem ea res pertinet l. 7. D. h. t. Hic qui juravit, certus est. at quis ille ad quem ea res pertinet? is, opinor, ad quem ea lis, siue ejus litis qua de juratum est, commodum incommodumve pertinet, sensus: Quisquis potest ea ex causa de qua juratum est conveniri, huic prodest jusjurandum; in eumque actori denegatur actio, tamquam si cum eo qui juravit, ageretur. proficit igitur jurantis religio ejus heredi, si in actione in personam sit juratum: est enim heres successor juris, id est, universi juris, ideoque litis d. l. 7. quod si juratum sit in actione in rem; jam proderit jusjurandum ei qui in rem successit l. 8. h. t. id est, ei ad quem non universum quidem jus, sed res ea qua de agitur, pervenerit l. 24. §. 1. D. de damn. infect. quo in numero est legatarius aut emptor aut similis. talis enim successor æque atque auctor, in rem actione tenetur: hac videlicet cum persona domini & possessoris ambulante,

lante. Nec vero mirum, jusjurandum sic prodesse singulari successori; cum non profit ei stipulatio in Edicto Aeditio & stipulatione Prætoria (de quibus in l. 19. §. 5. D. de Aedit. Edict. §. l. 70. §. 1. D. de verb. sign.) interest enim, quod in istis speciebus obligatio non transit ad successorem rei: in præsentis res transit, mutato possessore. Aque non obstat, quod alteri per alterum neque actio, neque exceptio, adquiritur l. 1. C. Per quas person. adq. Id enim tum verum est; cum volumus, alteri principaliter adquirere: ei directo paciscentes l. x1. D. de oblig. & act. at quod alicui jam est acquisitum, id quo minus ab eo ad alterum transferatur, causa non est.

Negat igitur Prætor, actionem se daturum in ipsum qui juravit, etiam in eum ad quem ea res pertinet. An in fidejussorem quoque? Paulus l. 28. §. 1. h. t. sic scribit: *Quod reus juravit, etiam fidejussori proficit.* Et recte nam quia non placet, fidejussorem obligari in duriores causas, quam reum principalem; oportet exceptionem, quoties reo datur, etiam fidejussori dari l. 19. D. de except. utique, si rei cohæreat: nam si personæ competat; aliter dicendum est l. ult. D. h. t. Prodest igitur rei jusjurandum ejus fidejussori. An reo vicissim prodest jusjurandum fidejussoris? Paulus putat d. §. 1. l. 28. Atqui in pacto fidejussoris aliter censet l. 23. D. de pactis. Quid, si huic difficultati per se ipse succurrit d. §. 1. præfatus, quod jusjurandum succedit in locum solutionis? Et hoc, inquis, obscurius; cum possit queri; unde ea vis sit iurijurando, ut pro solutione sit: certo, non esse aliam ejus potestatem, quam pacti nudi. Ita est, fateor: stantibus intra proprietatem rei. Sed ab ea aliquando receditur, postulante æquitate. sic pro re judicata, sic pro novatione, aut pro acceptilatione est jusjurandum. & miramur, cedere pro solutione? At tamen Paulus, hoc sic procedere: modo sit de ipso contractu, & de re, non de persona jurantis actum, pone: fidejussor conditione delata juravit, se vel reum solvisse debitum, de ipso contractu & de re juravit, quid dicimus? sic juranti fidem esse omni modo servandam. igitur neuter, nec fidejussor, nec reus, solvere debitum quod solutum putatur, cogi debet. Atqui pactum fidejussoris ipsi prodest; reo non prodest. Sic est: si fidejussor paciscatur, ne a se petatur: quia sic sibi pactus est: & si paciscatur, ne a reo petatur, non interest ejus. neutro igitur pacto tollitur, aut pro sublato habetur, debitum. Sed jurato a fidejussore, solutum esse debitum: de eo quasi extincto neuter tenetur, neque reus, neque fidejussor: quia jusjurandum, sive verum, sive falsum, pro veritate habetur. cedit igitur jusjurandum pro solutione tam reo, quam fidejussori.

Superiori Pauli loco jungam §. 3. d. l. 28. suadente vicinitate. Ecce: unus ex duobus reis promittendi, conditione delata, juravit, se stipulatori solvisse quod promisit. nemo ambigit, quin id jusjurandum juranti, iterum convento a stipulatore, profit per exceptionem jurisjurandi. sed an correo ejus prodest? atqui alterius pactum alteri, nisi socio, non prodest: ut demonstratum lib. sing. Ad Edict. De pact. c. ult. Quid Paulus? ait, alterius correi jusjurandum etiam alteri prodesse: nempe, quia una est utriusque obligatio: qua extincta unius solutione, uterque liberatur l. 2. D. & §. 2. Inst. de duob. reis. porro jusjurandum pro solutione esse, ante dictum. placet igitur, uno jurante, se solvisse, alterum eo jurejurando perinde liberatum intelligi, ac si ab altero solutum esset debitum. nec distinguit Paulus; utrum socii sint, an non sint: et si in pacto

contra sit: quia pactum non habetur pro solutione, nec obligationem tollit ipso jure, sed per exceptionem. Tantum de primo Edicti capite.

Quod alterum? non extat. exemplo tamen superioris capituli, licebit sensum hoc modo formare: *Si actor, conditione delata, juraverit, vel jusjurandum ei remissum fuerit, ejus rei de qua delatum fuerit jusjurandum, in ipsum qui detulit, inque eum ad quem ea res pertinet, actionem dabo.* Hoc capite Prætor actionem concedit actori, si juraverit, conditione delata, aut ea jurare parato sit remissa: quemadmodum sub eadem conditione reo promisit exceptionem. Nec est inverisimile, quod tam actionem, quam exceptionem, simpliciter proposuit: ideoque ajunt Veteres, hoc judicio non principalem exerceri causam, sed jusjurandum actoris conservari l. 30. D. h. t. neque ulterius queri, an debeat: sed solum, an actor juraverit, sibi dari oportere; vel cum jurare paratus esset, ei remissum sit jusjurandum l. 9. §. 1. D. h. t. l. 8. C. de reb. credit. §. 11. Inst. de act. Sed hæc, hisque affinia, occasione prioris capituli impensius explicata, in præsentis repetenda non sunt. Saltem monebo; quod Prætor actori, postulante adversario, juranti, sibi deberi pecuniam quam peteret, neque ei solvatur, actionem in factum accommodavit. Hoc enim nomine appellatur d. l. 8. C. de reb. credit. l. 11. §. 1. D. h. t. alibi dicitur utilis actio d. l. 11. §. ult. l. 29. l. 13. §. 1. D. d. t. est etiam, ubi vetere designatur nomine, quale est ex empto, pro socio, pignoratitia d. l. 13. §. 3. 4. & 5. Interim est una actio tribus nominibus designari solita. primum Vetus dicitur: eo quod contractus jurejurando confirmatus, perinde habetur, ac si probatus esset l. 5. §. 2. l. 11. §. 3. D. h. t. nec est absurdum, quemadmodum tum parata esset in personam actio: ita si juratum sit, eam esse utilem: quia directa demum competit illi qui vere contraxit. jurans autem se contraxisse, non utique contraxit: potest enim falso jurasse. Accipit igitur Prætoris interpretatione, perinde ac si contraxisset, propter religionem & conventionem, (ut dicitur in l. 25. D. h. t.) actionem utilem: id est, actionem in factum. nisi miramur, actionem utilem in factum actionem appellari. at hoc claret ex d. l. 11. §. 1. & 3. D. h. t. Est igitur una actio, propter jusjurandam hoc Edicto proposita, licet tribus appelletur nominibus.

Sed qualis? in personam. quo argumento? triplice: primum est, quod vocatur in factum actio. alterum est, quod dicitur proficisci ex conventionem l. 26. h. t. quasi ex contractu l. 5. §. 2. D. de peculio. tertium, quod a Justiniano palam enumeratur inter personales actiones §. 8. & 11. Inst. de actionib. Est igitur in personam actio. nec distinguo; utrum juratum sit in actione in rem, an in actione in personam: quia generalis est Prætoris sermo: & utraque in specie concurrit actoris & rei consensus. postremo scribit Ulpianus in l. 11. §. 1. h. t. si a possessore juratum sit, rem suam esse, ei adversus deferentem jusjurandum ad quem possessio pervenerit, in factum actionem competere. Est igitur actio ex jurejurando ex hoc Edicto in personam; etiam cum est in actione in rem juratum. Atqui ei qui juravit, rem suam esse, Publiciana datur in rem actio l. 7. §. 7. D. de public. in rem act. Recte mones: sed id non vetat, quo minus ea in specie etiam obtineat Prætor in factum actio.

Intellecta hujus actionis forma, facile evincitur, cui & adversus quem detur. cum enim juratum sit ex consensu ejus qui detulit aut retulit & qui præstitit jusjurandum; quod dubium est, quin Prætor eam

eam juranti dederit adversus deferentem, eumque ad quem ea res pertinet: itaque Edicto restitui, præeunte Ulpiano *l. 9. §. ult. D. h. t.* Nec tamen fuerit iniquum, hanc vice versa etiam ei qui derulit, adversus jurantem dari. Ubi? in contractibus ex quibus mutua nascuntur petitiones, ut sit in emptione & venditione, societate, pignore. Audio: sed unde actio ei qui non juravit: cum in Edicto juranti datur adversus deferentem? Sit ita ex Prætoris verbis: sed quod dixi, ejus menti debetur, atque evidente argumento: si enim juravit actor, se emisse ab adversario: nonne juravit quoque, eum sibi vendidisse: nulla emptione sine venditione? proinde si cupiat, servari jusjurandum suum, ut sibi ejus quod emit, vacua tradatur possessio: rationis est, id servari quoque hætenus; ut venditori vicissim solvatur pretium ei debitum. clarum hoc in præsentem exemplo *l. 13. §. 3. D. h. t.* at non minus in similibus quæ sunt in §. 4. & 5. & valde ibi placet illud, *Quæ non esse extra æquitatem posita, non negaverim.* Est enim indicio, hæc deberi Edicti sententiæ. nam ex verbis actio dumtaxat juranti datur adversus eum qui jusjurandum detulit, & qui in ejus locum successerunt. cæterum volenti, adversus alium prærogativa jurisjurandi uti, nihil prodesse, Ulpianus ait *l. 9. §. ult. D. h. t.* ac subjicitur in *l. 10.* ratio: *Quia non aebet alii nocere quod inter alios actum esset.* Fuit hoc vel ideo notandum; quia hinc discitur, successorem juris vel rei in hoc Edicto, quantum attinet ad rem in quam succedit, non intelligi alium ab eo cui succedit, sed personam eandem auctori suo haberi.

Tempus est, cogitare de effectu hujus actionis. est vero hic: quod ea habetur ad similitudinem actionis rei judicatae *l. 8. C. de reb. cred.* Ubi? maxime in duobus; primum in petitione eorum quæ veniant in actionem de qua juratum est: itemque fructuum & accessionum. scilicet, quia hæc actio non est nova aut principalis, magis est nova qualitas priori & veteri actioni propter delatum & præstitum jusjurandum adjecta. Pone, si lubet, actionem ex empto. in ea petuntur quæ naturaliter insunt hujus judicii potestate: id est, ut emptori ipsa res tradatur, & de evictione caveatur *l. 11. §. 1. & 2. D. de act. empt. & vend.* Idem si quis juraverit, me ei vendidisse rem centum: nam poterit ex empto (utili, sive in factum, actione) agere, ut ei cætera præstentur, id est, res tradatur, & de evictione caveatur *l. 13. §. 3. D. h. t.* Simile in petitione hereditatis, in qua juratum sit, observari, Ulpianus ait *l. 11. §. ult. d. t.* Verba Ulpiani. Si cum de hereditate inter me & te controversia esset, juravero hereditatem meam esse, id consequi debeo, quod haberem, si secundum me de hereditate pronunciatum esset. & non solum eas res restituere debes quas tunc possidebas, sed & si quas postea cœpisses possidere. perindeque haberi quod juratum est, atque si probatum esset: idcirco utilis actio mihi competit. Sic plerumque: non semper. Paulus certe egregie temperat *l. 30. D. h. t.* scribens: Eum qui juravit ex ea actione quæ inficiando crescit, aliquid sibi deberi, simpli, non dupli persecutionem sibi adquirere: abunde enim sufficere, exonerare petitem probandi necessitate; cum omissa hac parte Edicti, dupli actio integra maneat, & posse dici, hoc judicio non principalem causam exerceri, sed jusjurandum actoris conservari. Dedit effectum unum actionis in factum de jurejurando. Quis alter? vertitur in certa ejus executione, exemplo actionis rei judicatae: eoque percrebuit, post jusjurandum non quæri, an de-

beatur, sed an juratum sit. Sic Ulpianus *l. 9. §. 1. D. h. t.* & Justinianus §. 11. *Inst. de actionib.* de quo plura ad finem.

Tertium Edicti caput videtur conceptum fuisse in hunc sensum: *Eum a quo jusjurandum petetur, solvere aut jurare cogam: si is qui petet jusjurandum, paratus sit jurare, non calumniæ causa ad se postulare. Si jusjurandum referre malet, quam jurare, potestatem faciam. Si is qui jusjurandum petet, conditione jurisjurandi non utetur, judicium ei non dabo.* Ratio Edicti iustissima. Nam modeste agit, qui adversarium, delato jurejurando, facit testem, & quodammodo judicem, in propria lite. contra turpiter agit qui eam conditionem non accipit, aut non refert *l. 38. h. t.* quid si non debet ei qui jusjurandum detulit, dilplicere conditio quam in adversarii persona æquam credidit *d. l. 34. §. 7?* At enim multi sunt superstitiosi & timidi: alii contra leves, ac perjuri. ita nec jurare facile, nec referre. Sed utilitas dirimendarum litium quam præbet jusjurandum, prælata est privata superstitioni. Quamquam etiam rarior ea superstitio. Postremo est hæc Prætoris cura; ne cui jusjurandum temere aut calumniose deferatur. Promittit igitur Prætor, se coacturum eum a quo jusjurandum petetur, solvere aut jurare *l. 34. §. 6. h. t.* Et sunt latissima ejus verba. Olim excepta fuit Vestalis virgo, & Flamen Dialis: teste Gellio *lib. 10. Noct. Attic. c. 15.* Verba Gellii sunt hæc: *Verba Prætoris ex Edicto perpetuo de Flamine Diali & sacerdote Vesta adscripsi. Sacerdotem Vestalem & Flaminem Dialectem in omni mea jurisdictione jurare non cogam.* Sed hanc exceptionem sustulisse videtur Tribonianus, abolita vetere Gentilium superstitione.

Porro ait Prætor, *Solvere aut jurare cogam.* Nec dubium est, quin etiam velit, eum hanc ob rem in judicio adesse *l. ult. §. 4. C. de reb. cred.* Nisi sit persona egregia, aut valetudine impedita: ad quas domum mitti oportere, Paulus scribit *l. 15. h. t.* Estque vestigiū hujus moris apud Tacitum *lib. 2. Annal. c. 34.* Ait igitur Prætor, *Cogam.* Sed quando? indistincte: sive aliquid sit probatum, sive nihil: generaliter enim loquitur Prætor. At enim Antoninus Epaphrodito cuidam in *l. 4. C. de edendo* sic rescribit: *Actore non probante, qui convenitur, etsi nihil ipse præstat, obtinebit.* Novi; atque id Rescriptum multis grave esse. Sed, me interprete, sic moderandum: Præterquam si actor detulerit jusjurandum. Causam moderaminis hanc habeo, quod non est Lex, sed Rescriptum quod objicitur: in eoque una est quæstio; an ut actor tenetur reo, sic reus actori teneatur, sua instrumenta edere? Cæterum de opportunitate jurisjurandi ab actore deferendi neque quæritur, neque agitur. proinde noli, ex Rescripto ad factum Epaphroditi Libello oblatum, ducere argumentum a contratio aut a consequentia, de qua non fuit cogitatum: præsertim contra manifesta Edicti verba, nullam habentia absurditatem, eoque restrictionem non patientia. Ait igitur Prætor, *Cogam.* nec ostendit cogendi modum. mihi vero placet, non jurantem interdum cogi per Prætozem, interdum per Judicem, & quidem per Prætozem, si jusjurandum in jure sit delatum ante litem contestatam: tum enim Prætor reum recusantem perinde coget, ut confitentem *l. 38. h. t.* qui pro damnato habitus, ad solvendum accipit spatium damnatis dari solitum: & interea non solvens, deinde pignoribus captis & distractis ad satisfaciendum compellitur *l. 31. D. de re judic.* Hoc in reo, quod ad actorem: eum non

utentem conditione jurisjurandi Prætor coget denegatione actionis *l. 34. §. 7. h. t.* & si jusjurandum post litem contestatam deferatur: proximum est, utrumque & actorem & reum cogi per Judicem a Prætoris datum: cujus officium est, de qua re cognoverit, pronunciare *l. 74. D. de judic.* eoque reum aut condemnare aut absolvere: sicut alterum continere debet res judicata *l. 1. D. de rejudic.* Hoc igitur exemplo Judex reum nolentem jurare condemnabit: contra absolvat eum, si actor recuset jurare, *d. l. 34. §. 7.*

Pergit Prætor: *Si is qui petit jusjurandum, paratus sit jurare, non calumnia causa id se postulare.* Hoc versu Prætor modum injicit versui proxime antecedenti: nam cum illic dixerat pure, se coacturum eum cui delatum sit jusjurandum, jurare aut solvere: hic indicat, se nolle, id accipi aliter, quam sub conditione: si is qui petat, sibi jurari, prius juret, se non calumnia, id est, non vexandi adversarii, causa jusjurandum petere. Hujus conjecturæ auctor Ulpianus his verbis *l. 34. §. 1. D. h. t.* quæ inde in Edictum transtuli: *Qui jusjurandum deferret, prior de calumnia debet jurare si hoc exigatur, deinde sic ei jurabitur.* Verum hoc, & evidens. Illud quale quod sequitur: *Hoc jusjurandum neque patrono, neque parentibus remittitur?* potuit enim falsum videri vel ipsius testimonio Ulpiani *l. 17. d. t. §. 1. 7. §. 3. D. de obseq. parentib. & patron. prest.* Nisi talis sit ejus sensus: Edicti verbis, ut sunt generalia, ne parentes quidem & patronos excusari a jurejurando de calumnia; licet aliter obtineat ex Edicti sententia. Tales disputandi formas sæpe observavi in Fragmentis Pandectarum: nec est causa cur ejus me pigeat in præsentia. Apud Haloandrum tamen extat: *Hoc jusjurandum de calumnia aequè patrono & parentibus remittitur.* Unde efficiunt quidam, aequè patrono atque parentibus. Sed hæc eodem redeunt: sufficitque, liquere parentes & patronos a jurejurando de calumnia excusari. Paulus tamen hoc negat *l. 14. h. t.* quoties propter rem juratur. nam tum ait, nec parenti, nec patrono remitti. Quid hic, propter rem jurari? ait Paulus, jusjurandum propter rem exigere, veluti de pecunia credita; cum jurat actor, sibi dari oportere; vel reus, se dare non oportere. Non minus pertinet ad Edicti intellectum: quod in *l. 37. D. h. t.* sic scribit Ulpianus: *Si non fuerit remissum jusjurandum ab eo qui detulerit, sed de calumnia non juratur, consequens est, ut debeat denegari ei actio. sibi enim imputet qui processit ad delationem jurisjurandi, nec prius de calumnia juravit: ut sit iste remittenti similis.* Ulpianus indicat pœnam actoris, recusantis jurare de calumnia, postquam reo detulit jusjurandum. ea pœna est; ut ei denegetur actio. Ut res ad liquidum deducatur: actor reo detulit jusjurandum. reus eo suscepto postulat ab actore prius jurari de calumnia, ex forma Edicti. Actor recusat, jurare de calumnia. Ulpianus ait, denegandam actori esse actionem, quasi remisso jurejurando. Si rem spectamus, actor reo non remisit actionem suam. nihilominus ait Ulpianus, actorem debere sibi imputare quod remittenti similis habetur. intendit videlicet, Prætoris temeritati nil indulgere, contra velle, considerate agi: atque ut actor potest reo deferre jusjurandum; sic reum vicissim ab eo exigere posse, ut prius juret de calumnia: idque scire actorem oportere, proinde, si reo detulit jusjurandum, isque hoc suscepit, deinde actor nolit de calumnia jurare: non licere ei retrogredi. magis igitur putat Ulpianus, eum non destitisse a delatione jurisjurandi, sed ejus præstationem remisisse, intelligi oportere.

portere.

Deinde sequitur in Edicto: *Nisi malit jusjurandum ei qui agere referre.* Alterum itaque eligat reus, cum ei delatum est jusjurandum: aut solvat, aut juret. si juret, absolvendus: si non juret, solvere cogendus erit a Prætoris. nisi malit referre jusjurandum: nam hæc facultas ei a Prætoris datur. Postremo ait Prætor: *Si is qui jusjurandum petit, conditione jurisjurandi non utetur, iudicium ei non dabo.* Et hoc æquissime: eum non deberet ei qui jusjurandum detulit, displicere conditio, quam in persona adversarii æquam esse credidit. Igitur nec finit Prætor, referenti deferri jusjurandum de calumnia: arbitratus, non esse ferendum actorem; si conditionis, quam ipse detulit, de calumnia sibi jurari velit *d. l. 34. §. 6. & 7.*

Igitur ut subducamus Edicti summam; apparet, Prætoris quidem promittere, se eum cui delatum fuerit jusjurandum, coacturum aut jurare aut solvere: sed tres excipere casus quibus eum coactus non sit. unus est, si is qui jusjurandum detulit, non sit paratus, jurare de calumnia: alter est; si malit, jusjurandum referre ei a quo delatum sit: tertius est; si is qui petat jusjurandum, ipse hoc uti nolit. plures casus Prætor, quantum ad ejus verba, non excepit. tres tamen hi Veteribus præbuerunt causam conjiciendi, Prætoris mentem fuisse, eum a quo jusjurandum petatur, numquam cogere, jurare; si habeat causam, cur invitatus cogi non debeat: solitis Veteribus, arrepta occasione exempli in Edicto aut Lege expressi, procedere ad similia, quamquam Edicto aut Lege non expressa: ut sub Titulo, *De legibus* & alibi, demonstratum. Secundum hæc igitur placuit Jureconsultis, sic accipere Edictum, ac si dixisset Prætor, Eum a quo jusjurandum petetur, solvere aut jurare cogam: præterquam si alleget causam ob quam eum cogi, jurare aut jusjurandum referre, non sit æquum. Sic censeo, atque eodem modo exaudiendum Paulum *l. 38. D. h. t.* ac si dixisset, Manifestæ turpitudinis & concessionis est nolle, nec jurare, nec jusjurandum referri; si nulla adferatur causa, cur excusatio fiat a necessitate jurandi, aut jusjurandum referendi. at si sit talis causa, contra dicendum esse, recusationem præstandi aut referendi jurisjurandi justam atque honestam esse. Non inutile fuerit, hæc exemplis illustrare. initium summam a *l. 34. §. 2. d. t.* ibi quæsito, an pupillus, delato ei jurejurando, sit cogendus jurare aut jusjurandum referre? negat Ulpianus, cogendum. Atqui Prætor non excipit pupillum, quatenus ex ejus verbis liquet. Sed eum excipit Prætoris sententia: non permittente officio viri boni, eum cogi jurare qui non sit habilis ad jurandum: multo minus evilesce-re jurisjurandi religionem: quamvis si juraverit, ei delato jurejurando, velit Prætor stari jurijurando: imputaturo sibi qui ei jusjurandum detulit. sed quia pejorare non potest, qui non potest ex animi sententia jurare *l. 26. D. h. t.* creditum fuit, non esse causam, cur cogi ad jurandum debeat *d. l. 34. §. 2.* Eodem modo non cogitur jurare is qui ostendit, se juraturum sine effectu: delato ei jurejurando ab eo cui non sit jus deferendi: qualis est prodigus aut similis in *l. 35. d. t.* cui enim bono jurari frustra, eoque temerari religionem rei sanctissimæ, & usibus humanis ad minuendas lites necessariæ? at nec juratur sic ex mente Prætoris: servantis jusjurandum, conditione delata, præstitum: quod in proposito non est. Aliud exemplum *d. l. 34. §. ult.* in qua ait Paulus, Qui non compelluntur Romæ iudicium accipere, eos nec jurare compellendos esse:

eoque in numero esse Legatos Provinciales. Nimirum, quia præstito jurejurando, non habebunt privilegium quod habituri essent, si non jurassent; utique sic recognoscentes Forum Romanum, amittent jus revocandi domum, perinde ut fieret, si litem contestati essent *l. 28. §. 2. D. de judiciis*. Si igitur consequens est eorum privilegium; ne cogantur litem contestari: qua fronte cogentur jurare aut jusjurandum referre: pari utriusque exitu? Est & alia causa recusandi jurisjurandi: scilicet formula jurisjurandi inter partes fuerit dubitatum: sicut enim nemo est cogendus facere quod vel natura vel bonis moribus facere prohibetur: ita nemo debet cogi jurare, cum non potest salva religione. ac jam probabo, quod Ulpianus in *d. l. 34. §. 4. Si, in fit, de qualitate juramenti* (de hoc verbo Cellarius *lib. De Latin. med. & infim. atat. c. 1. p. 62.*) fuerit inter partes dubitatum, conceptio ejus arbitri judicantis erit. Eodemque plane modo in *§. 8. d. l. 34.* ait: *Non semper autem consonans est, per omnia referri jusjurandum, quale deferretur: forsitan ex diversitate rerum vel personarum quibusdam emergentibus qua varietatem inducunt. Ideoque si quid tale inciderit, officio judicis conceptio hujusmodi jurisjurandi terminetur.* Hunc versum vel ideo apposui, ut totum Ulpiano vindicarem adversus suspicionem Antonii Fabri, V. CL. *lib. 16. Conject. c. 12. ad fin.* existimantis, Tribonianum esse: argumento postremi verbi, *Terminetur*, de quo sic scribit: *Quis enim ea verba non videt? Tribonianum sapere magis, quam Ulpianum? præsertim quod aut, terminetur. Imperantis enim illud verbum est, non hominis de jure aut scribentis aut respondentis. Ulpiani autem non fuit, sed Triboniani, agere Imperatorem.* Sic ille: sed temere. nam hujusmodi loquendi formæ Ulpiano non sunt insolitæ. Id observavi infra sub Titulo, *De suspectis tutoribus*. Res infinita esset; si adferrem omnia. patere tamen, addi pauca, non indigna annotari. Unum est, si extra judicium convenit inter litigatores, litem unius jurejurando terminari, non est enim dubium, quin servanda sit fides pacti; eoque relationi locus esse desinat. hoc Paulus annotat *l. 17. D. h. t.* Aequè elegans est exceptio, si cui delatum sit jusjurandum de facto ejus proprio. sit exemplum: tu mihi suspectus es furti vel rerum amotarum. ago tecum furti vel rerum amotarum. deest mihi probatio ejus quod intendo. defero tibi jusjurandum, te non fecisse furtum, verbi gratia. tu refers mihi jusjurandum, an ipse fur sis. non teneor præstare jusjurandum: quia non finit ratio, mihi referri jusjurandum; cum tu possis ex animi tui sententia jurare de facto tuo tibi cognito: ego nequeo, ex animi mei sententia jurare de facto tuo mihi incognito *l. 12. D. de act. rer. amot.* Pulchre Ulpianus *l. 11. §. 2. cod.* Jurare tam vir, quam uxor cogetur. pater autem amoventis jurare non cogetur; cum iniquum sit, de alieno facto alium jurare. is ergo cogitur jurare qui amovisse dicetur; & itcirco nec heres ejus qui quæve amovisse dicetur, jurare cogetur. quid, si quis velit referre jusjurandum sibi delatum? non videri Præto rem permisisse, Ulpianus ait *§. 3. d. l. 11.* addit in *l. 13.* Et ideo Labeo scribit, mulieri non esse permittendum, referre jusjurandum: & ita Edictum ordinatum videri.

Similis observatio fuit; si is cui jusjurandum deferatur, dicat se ignorare aut dubitare. Vidit eam Quintilianus *lib. 5. Inst. Orat. c. 6.* verba ejus: *Is qui defert (jusjurandum) agere modeste videtur, cum litis adversarium judicem faciat: & cum cujus cognitio est, onere liberet, qui profecto alieno jurejurando stari,*

quam suo malit. Quo difficilius recusatio est, nisi forte res est ea, quam credibile sit, notam ipsi non esse. Sic Quintilianus, puto, a Jureconsultis. quos inter Ulpianus *l. 34. pr. D. h. t.* in hunc infit modum: *Jusjurandum & ad pecunias & ad omnes res locum habet. etiam de operis jusjurandum deferri potest: nec de injuria queri adversarius potest, cum possit jusjurandum referre. quid tamen, si ideo dicat reus se liberatum, quoniam Stichum quem promiserat, putat decessisse? Non erit tutus per relationem. & ideo putat Marcellus. & recte, aut remittendum ei jusjurandum, aut spatium dandum, ut certioretur.* Quia obscurus locus est, explicabo integrum. Primum ait Ulpianus, jusjurandum deferri posse in omni causa civili & pecuniaria, idque suis ostendit exemplis. deinde ait, errare eum cui in his deferatur jusjurandum; si queratur, ea delatione sibi fieri injuriam: quasi præstet, adversarium urgeri ad probationem, quam se invita superstitione onerari jurejurando. Quam ob rem? ait Ulpianus, si metuat jurare, non cogi jurare, quin posse jusjurandum referre. recte: si quidem ipse possit jurare ex animi sui sententia, re ei nota & certa: tum enim quam dicat causam; ne aut juret, aut referat jusjurandum? nullam. sed quid, si neget, rem sibi notam esse aut dicat, de ea se dubitare? jam ut cessat electio, sic ait Ulpianus, non fore tutum per relationem: & ideo ex hac causa, secundum Marcellum, aut remittendum ei jusjurandum, aut spatium dandum, ut certioretur, & sic juret.

Expósito jurejurando, cum voluntario, tum necessario, parti solito a parte tam aliqua, quam nulla probatione deferri aut referri: age, nunc de judiciali jurejurando disputemus. Est vero observatio ejus longe alia. non enim a parte deferretur parti: sed a Judice alterutri litigantium, vel actori vel reo deferretur: nec aliter, quam in causis dubiis. Sic definit Ulpianus *l. 31. D. h. t.* sed quæ sit dubia causa, non definit. visa autem Interpretibus Eruditis jam a multis seculis causa talis: ubi actor suam intentionem uno probavit teste: hoc prætextu, quasi uno teste fiat semiplena probatio, cum plena constet duobus. semiplena porro, ut ajunt, est aliqua, licet non sit vera ac perfecta. ita non sufficit ad condemnationem aut absolutionem, cum causam non faciat claram & certam. at facit dubiam; valetque hætenus, ut Judex, exacto jurejurando in supplementum deficientis probationis (unde suppletorium dicitur) possit secundum eum qui juraverit judicare. Sic fere Interpretes. Sed mihi numquam placuit. imo semper existimavi, tantum abesse; ut dubia sit causa, uno subnixæ teste: ut e contrario clara haberi, eoque non actoris jurejurando, sed rei absolutione, finiri debeat. Atqui unus testis, etsi non præstet plenam probationem, utique facit semiplenam. Audio: sed est somnium, & merus error. non ita Ulpianus, nec quisquam Veterum. quin apud Senecam *lib. 6. de benefic. c. 8.* *Adversarius meus dum contraria dicit, & judicem superbia offendit, & in unum testem temere dimittit, causam meam erexit.* Jam Valerius Maximus *lib. 4. c. 1. §. 11.* *Unius testimonio aliquem credere, pessimi, inquit, esset exempli.* Quid Constantinus *l. 9. §. 1. C. de testibus?* vetat, unius testis responsionem omnino audiri, etiam si præclara Curia honore præfulgeat. Non igitur est semiplena probatio uno constans teste; sed nulla. consequenter ea non fit dubia causa: in qua (ut Ulpianus refert *d. l. 31.*) solent sæpe Judices, exacto jurejurando, secundum eum judicare qui juraverit. Mihi hoc plus videtur, esse pessimi & periculosi exempli, aliquem saltem unum habere testem, & in

supplementum deficientis probationis a Judice delato jurejurando in propria causa & testem & quodammodo Judicem constitui. Atque hanc absurditatem ipsi qui tuentur, sentiunt; ideoque verant, ne tale jusjurandum a Judice alii deferatur, quam viro bono & de perjurio non suspecto. Tamquam res in judicio sit litigantium moribus, non fide rei gestæ æstimanda. Sed lex, cum de pecunia litigatur, merito omnes habet suspectos: pessimis quibusque, quo melius decipiant simpliciores, plerumque se pro viris bonis & sanctis gerentibus. Solet & altera Judici commendari providentia; ut sedulo caveat, ne hoc jusjurandum deficiat in causis gravibus & arduis, sed levibus. Ego vero nec hoc repperi usquam apud Veteres: nulla ratione, cur magis in levioribus, quam gravioribus, unius testimonio causa dubia fieri possit. mitto, quod difficile dictu est, quæ sit levis, quæ gravis, causa in tanta præsertim hominum causarumque disparitate. Quid ergo est? mihi in proposito dubia videtur causa: cum talis ac tanta utrimque adfertur probatio; qua quodammodo par fiat actoris & rei causa; & paulo momento modo huc, modo illuc, inclinet Judicis animus: nescius, quid ex omnibus præcipue sequi eum oporteat. Hoc modo *dubium*, atque *ambiguum*, apud Latinos accipi, ostendi *lib. 3. Probabil. c. 6.* eodemque modo apud Terentium, Ciceronem, Horatium, cœna dubia vocatur, non ea in qua parum, sed in qua multum, cibi unde quaque ita præparati; ut animus convivæ sit incertus, quid præsertim eligere debeat. Demus hæc. At turbant Imp. Diocletianus & Maximianus in *l. 3. C. de reb. credit.* ita rescribentes: *In bonæ fidei contractibus, nec non (etiam) in cæteris causis, inopia probationum, per judicem jurejurando causa cognita res decidi oportet.* Difficilem atque impeditum locum efficiunt verba, *inopia probationum*: quibus quid indigitetur, nondum indicarunt præstantia ingenia. Ego, pro mea mediocritate, eam locutionem ex professo, & ut mihi blandior, feliciter *d. c. 6.* explicui, facta ejus comparatione cum simili in *l. 1. C. de questionibus*, & singulari Apuleji loco. igitur non adferam plurâ: contentus, indicasse, unde lumen peti possit.

Notabilis fuit superior utriusque jurisjurandi differentia. sed non minus digna est notari sequens: quod post jusjurandum a Judice exactum, non potest videri transactum, non concurrente litigantium consensu. magis fuit jurandi necessitas, cogente Judice, causa alioquin inextricabili: eoque permittitur deinde, litem instaurari quasi integram; si quis dicat, se invenisse nova instrumenta quibus nunc solis usus sit. at si alias inter ipsos litigantes mutuo consensu finitum jurejurando sit negotium, non conceditur, idem retractari; quasi transactum sit. Utrumque observat Gajus *l. 31. D. h. t.* postea Imp. Antoninus *l. 1. C. de reb. credit.* Verba

non lubet adscribere: quia sunt complura solum monebo, hunc *d. l. 1. versum, Nisi specialiter hoc lege excipiat*, Antonino esse a Triboniano adscriptum ex *l. ult. C. eod. tit.* ipsa difficili atque obscura, ideoque hic non negligenda. Thema tale est. Legatarius ab herede ex testamento petit legatum. id testamentum nusquam apparet. legatarins delata ab herede conditione jurat, sibi quod petit, testamento esse legatum. heres solvit legatum. postea reperto testamento, liquet falso juratum esse. quæritur, an indebitum solum repeti possit, rescisso jurejurando? Negabant Veteres: causati, quod non oportet quæri de perjurio, præstito ex consensu jurejurando. Sed contra placuit Justiniano, *Nullum ex hujusmodi perjurio lucrum ei accedere.* Et postea *Ne cui ex delicto impium sibi lucrum afferre nostris legibus concedatur.* Hæc ratio plena probitatis: sed patet latius, quam Imperator velit. hanc certe retinentibus: da, si potes, causam jurejurando ex consensu decisam, & non retractabilem. at hoc non egisse Justinianum, evidens est ex *d. l. 1. C. eod. tit.* quam a se interpolatam ex *d. l. ult.* de cætero approbavit. sufficit inspectio. temperemus igitur nimiam & luxuriantem novæ decisionis latitudinem, tamquam novum jus ex voluntate Imperatoris fortiter abstruentis. itane? mihi videtur, jurisjurandi delationem & præstationem debere ex consensu actoris & rei præferre speciem transactionis. at illa libertas delationis in proposito casu non est: magis fit ex necessitate; non apparente testamento. quapropter visum est Justiniano, illo postea reperto, jure singulari integrari veritatem, quasi non intervenisset jusjurandum: exemplo jurisjurandi a Judice delati: in quo, propter inopiam probationum, consimilem necessitatem, sequentemque rescissionem, ob reperta instrumenta, paulo ante observavi ex *d. l. 31. h. t.* Sic mihi videtur: & jus singulare esse in *d. l. ult.* etiam annotavit olim Theodorus B. Ilamon ad Photii *Nomocanon. tit. 13. c. 18.* & Michael Artaliates, *Pragmatic. tit. 18.* Ipse nil habeo addere: nisi quem offendit tam fortis ac lata in Legislatore locutio a me monstrata. Sed desinet eam mirari: intellectis ex *lib. 1. De fœnore & usuris c. xi.* exemplis: quibus apparet, Veteribus non esse insolitum, in doctrinis uti Hyperbole, non hyperbolice accipienda. Mitto doctrinas quæ sunt sapientum: cum ne Principum quidem Rescripta fortioribus, quam veritas velit, parcant locutionibus. Cedo exemplum. est unum in *l. 12. C. Ex quib. caus. infam. irrog.*: notavi id in *Julio Paulo c. 7.* aliud est apud Constantinum in *l. 1. Cod. Theod. de inoffic. testam.* & evincit quod ago, collatio *l. 3.* ejusdem Tituli, quæ similiter est Constantini, sed jam attemperantis sermonem *d. l. 1.* nimis vehementem & illa, sic puto, præbuit Triboniano causam interpolandi *l. 27. C. d. t.* ex ea descriptam.

TITULUS III.

De in litem jurando.

De origine jurisjurandi in litem quærere nihil attinet: non magis, quam de origine jurisjurandi judicialis: nulla hujus aut illius memoria apud Veteres. ita utraque ignoratur. Utilius monue- ro, jusjurandum in litem esse speciem jurisjurandi judicialis; cum neutrum ab alio, quam a Judice, deferatur: ideoque expositioni judicialis jurisjurandi, cui occasionem dedit superior Titulus, præ-

sentem De in litem jurando opportune sub- jici.

Est autem in litem jurare, rem in judicium deductam jurejurando æstimare *l. 1. § 2. h. t.* Inde jusjurandum in litem est, jurata rei qua de agitur, æstimatio. Noli, agre ferre, quod dixi, rei: quia lis in proposito est, res in judicium deducta. Veteres quidem dubitasse, utrum rem, an litem, dici oportet,

teret, docet Cicero, *Orat. Pro Murena*, sed his verbis Jurisconsulti sub hoc Titulo, & alibi, utuntur promiscue, adeo quæ uno loco lis, alio res dicitur. Ejus vero rei sive litis æstimatio ab actore religiose facta ex delatione Judicis, jusjurandum in litem appellatur. Porro fit illa æstimatio actoris jurejurando aliquando immodice ex ejus affectione ultra verum & justum pretium: aliquando fit justo & veropretio, nullo respectu affectionis. Utrovis modo lis æstimetur, quasi venditio fieri putatur *l. 9. D. de act. rer. amot. l. 3. D. Pro empt.* Saltem interest, quod lis altero modo vero pretio æstimatur sine respectu affectionis; altero ex affectione etiam ultra pretium verum. Ac ne cui durum aut iniquum videatur, aliquem suæ rei Judicem constitui, suavit hoc quodammodo necessitas: jusfaciens semper, ubi non licet facere aliter. Ejus sane inventum esse jusjurandum in litem, dubitari vix potest partim propter *l. ult. D. h. t.* partim propter *l. 2. §. 1. & l. 5. §. ult. eod.* Initium demonstrationis sumam a jurejurando affectionis. ejus causa duplex fuit: una, quod oportet coerceri contumaciam non parentis præcepto Judicis, rem restitui aut exhiberi jubentis: altera, quod venditionem liberam esse, æquum est. vendendi porro libertas in hoc consistit maxime; ne quis invitus cogatur vendere, si nolit vendere; & si velit vendere, possit rei suæ pretium suo arbitrio indicare. Igitur si actori contumacia rei fiat necessitas vendendi rem petitam; summæ fuerit æquitatis, ei adempta una libertatis parte, servari alteram, id est, jus rei suæ pretium quod voluerit, definiendi. Tenes causam inventi hujus jurisjurandi. & licet eam colligere ex *l. 8. D. h. t. l. 8. §. 1. & l. 9. D. de act. rer. amot. l. 25. §. 1. D. Solut. matrim.*

Nec difficile fuerit, inde conjicere, in quibus rebus, quibusque actionibus, præsertim locum habeat in litem jusjurandum. quod enim ad res attinet; solæ hoc admittunt earum quarum incerta æstimatio est, atque interim affectio qualis qualis: finitura æstimationem alias non liquentem. quod si quæ res sint quarum certa & perpetua est æstimatio, & contra nulla affectio: ad has non pertingit jusjurandum in litem; licet alioquin circa eas dolus & contumacia deprehendatur. Exemplum in nummis depositis: de quibus ita Ulpianus *l. 3. D. h. t. Nummis depositis judicem non oportet in litem jusjurandum deferre, ut juret quisque quod sua interfuit: cum certa sit nummorum æstimatio. nisi forte de eo quis juret, quod sua interfuit, nummos sibi sua die redditos esse: quid enim, si sub poena pecuniam debuit, aut sub pignore, quod quia deposita ei pecunia abnegata est, distractum est.* Nummi a Sempronio sunt depositi apud Titium. is inficiatur apud se depositos. quæritur, an oporteat Judicem, propter dolum Titii eos non restituentis, Sempronio deferre jusjurandum in litem: ut juret, quod sua interfuit? negat Ulpianus. qua ratione? ait, quod certa est nummorum æstimatio. recte, & probatur a Paulo *l. 1. D. de contrah. empt.* est igitur hæc una Ulpiani ratio. quamquam possit quoque esse altera: quod in nummos nulla cadit affectio. sed hanc non attulit Ulpianus: non quod improbaretur; sed quod ultro liquentem addi nihil attineret. Solet sane jusjurandum in litem a Judice deferri, vel ut constet de vera rei æstimatione, cum aliter probari non potest *l. 5. §. ult. h. t.* vel ut pretium rei actoris arbitrio ex ejus affectione finiatur. neutrum in nummis usum invenit: nam & certa eorum æstimatio est: & nulla cadit in perituros affectio. ait tamen Ulpianus *d. l. 3.* aliquando vel in nummis jurari: idque contingere; si inter contra-

hentes convenit: nummos depositos reddi certa die: tum enim, si non sint ea die reddituri, posse deponentem agere ad id quod ejus interest, sua die redditos fuisse; (cum alioquin omnis pretii utilitas modo usurarum circumscribatur, nec ulterius evagari possit: ut observavi *lib. 2. de fœnor. & usur. c. 6.*) & ponit Ulpianus exemplum ejus quod deponentis interfit, ei redditos sua die fuisse nummos: si propterea pœna sub qua debitum fuit, commissa sit; vel pignus sub quo debebatur, sit distractum. In cæteris igitur rebus, præter nummos, obtinet jusjurandum in litem; si agatur ad restitutionem exhibitionemve: sive res sit incorporalis, ut servitus *l. 7. D. Si servit.* sive corporalis, modo sit mobilis: nam res immobilis neque latere potest, neque jusjurandum in litem admittit *l. 48. §. 1. D. Locati.*

Quemadmodum non refert in hoc jurejurando, qualis res petatur; sic nil interest, qua actione agatur, in rem, an in personam, modo sit ad restituendum exhibendumve comparata *l. 1. & 2. D. h. t.* Marcianus *l. 5. d. t.* regulam (sic dico: quia is locus est ex *lib. 4. Regularum*) hoc concipit modo: *In actionibus in rem, & ad exhibendum, & in bona fidei judicis, in litem juratur.* Primas partes dat actionibus in rem; sicut Paulus *d. l. 2. & Ulpianus in l. 68. D. de rei vindic.* putemus adeo, non modo rei vindicationem qua quod nostrum est, petimus nobis officio Judicis restitui, jusjurandum in litem admittere; sed etiam alias in rem actiones; ut Publicianam: in qua Ulpianus ait omnia eadem esse quæ in rei vindicatione *l. 7. §. 8. D. de Public. in rem act.* & similes: quibus non quidem dominium nostrum vindicamus, sed utique jus aliquod quod in re habemus. ac sæpe miratus sum, A. Fabrum, V. Cl. *lib. 16. Conject. c. 15. & seqq.* aliter sentire de actione hypothecaria: cum in eadem testetur Ulpianus *l. 16. §. 3. & l. 21. §. 3. D. de pignor. & hypoth.* & præterea certum sit, eam æque, ac cæteras in rem actiones, ad restitutionem Judicis arbitrio pertinere *§. 31. Inst. de act.*

Deinde ait Marcianus *d. l. 5. h. t.* etiam in actione ad exhibendum in litem jurari. idque probat quoque Paulus *d. l. 2. h. t.* Est vero hæc actio non in rem, sed in personam, & arbitraria, amplius præparatoria cum aliarum actionum, rum rei vindicationis: ut sub Titulo, *Ad exhibendum*, est demonstratum. Inde visum Veteribus, vel in illa vindicationem præparatura in litem jurari; etsi alioquin aliud sit, exhibere; aliud, restituere *l. 22. D. de verb. sign.* Sed ubi res, nisi exhibita, vindicari nequit; non debuit possessoris contumacia deinde vindicaturæ viam ad vindicandum obstruere. Illud fuerit diligentissimæ observationis, Marcianum, cum ex arbitrariis actionibus in personam unius meminit actionis ad exhibendum, non propterea ad illam subsistere. magis credendus, eam ponere pro exemplo: quo etiam cæteræ ejus generis actiones designentur. id ut ausim dicere, urget me Ulpianus *l. 68. D. de rei vindic.* sequentibus verbis: *Hæc sententia generalis est, & ad omnia sive interdicta, sive actiones in rem, sive in personam sunt ex quibus arbitrato Judicis quid restituitur, locum habet.* Obtinet igitur jusjurandum in litem in omnibus arbitrariis actionibus in personam, sive his agatur ad exhibendum, sive ad restituendum, arbitrato Judicis. Ne desunt quidem exempla in actione Faviana *l. 5. §. 1. D. Si quid in fraud. patron.* in actione doli mali *l. 18. D. de dolo malo.* item in actione rerum amotarum *l. 8. §. 1. & seqq.*

segg. *D. de act. rer. amotar.* De interdictis quæri possit. sunt enim vel eorum quædam arbitraria. de his tamen nihil Marcianus *d. l. 5. &*, si proprietatem verborum retinemus; aliæ sunt actiones, aliæ interdicta. interim est eadem in utrisque ratio coercendæ contumaciæ non parentis præcepto Judicis, exhiberi aut restitui jubentis. jam vero latissima actionis appellatione etiam interdicta comprehendere, apparet ex *l. 37. D. de oblig. & act.* Dicamus igitur, vel in interdictis, ex quibus quid arbitrato Judicis restituitur, locum habere jusjurandum in litem. Sed hoc manifeste confitetur Ulpianus *d. l. 68. &* est exemplum in interdicto Quod vi aut clam in *l. 15. §. 7. & 9. D. Quod vi aut clam.*

Postremo ait Marcianus *d. l. 5. Et in bonæ fidei judicis in litem juratur.* Quid hoc? Mihi placet, Marcianum bonæ quidem fidei judicia comparare cum judiciis stricti juris: sed tantum velle, in bonæ fidei judiciis jurari in litem; in stricti juris judiciis non jurari. Id confirmat sequens exceptio in §. 4. *Plane interdum & in actione stricti judicii in litem jurandum est.* Quid enim designat ea exceptio? nisi Marcianum ante posuisse Regulam: quod in bonæ fidei judiciis potest in litem jurari, in actionibus stricti juris non potest. atque huc si subsistatur; est clara & certa Marciani regula. quod si ulterius quærat; utrum in omnibus bonæ fidei judiciis in litem juretur; an tantum in certis; nescio an responderi debeat, tantum in certis jurari. Nec resistunt Marciani verba, *Et in bonæ fidei judiciis in litem juratur.* Sunt enim indefinita, eoque non universalia, sed particularia. commode Apulejus *lib. 3. De philosophia rationali*, jam alibi a me allegatus sæpius: *Sunt & alia differentia quantitatis & qualitatis. quantitatis quidem, quod alia universales sunt; ut omne spirans vivit: alia particulares, ut quadam animalia non spirant: alia indefinita; ut animal spirat. non enim definit, utrum omne, an aliquod. sed tamen pro particulari semper valet, quia tutius est id ex incerto accipere quod minus est.* Sit igitur Marciani sensus particularis, in aliquibus bonæ fidei judiciis in litem jurari. At quibus? quæ procedunt ad restitutionem rei ab actore profectæ, exemplo actionum in rem. Fateor: hoc non liquet ex Marciani verbis: sed nihilominus Marciani sententia continetur. primum, quia huc ducit ratio inventi jurisjurandi in litem. deinde, quæ apud Veteres sunt exempla actionum bonæ fidei in quibus in litem juratur, ad restitutionem tendunt. Licet, cui lubet, hoc observare in actione rei uxoriæ *l. 25. §. 1. D. Solut. matrim. tutelæ l. 8. D. h. t. depositi l. 3. h. t. & l. 1. §. 26. D. Deposit. locati l. 48. §. 1. D. Locati. commodati l. 3. §. 2. D. Commodati.* omnes hæc ad restitutionem comparantur; nulla ad traditionem. Putemus igitur Marcianum, in bonæ fidei judiciis in litem jurari affirmantem, non velle, nullam esse bonæ fidei actionem in qua non juretur in litem: id enim non est verum; & fallit in judiciis contrariis *l. 5. D. Deposit.* etiam in directis, quoties culpa, non dolus, accusatur *d. l. 5. §. 2. D. h. t.* Malimus ergo, Ulpianum velle, naturam actionum bonæ fidei, si quo casu in litem jurari æquum sit, non esse impedimento, quo minus Judici competat ejus jurisjurandi delatio: idque observari in his quæ ad restitutionem comparantur. Aliquis putet, huic interpretationi reclamare sequentia Ulpiani verba ex *d. l. 3. §. 2. D. Commodati.* In hac actione (commodati) sicut in cæteris bonæ fidei judiciis simi-

liter in litem juratur. Sed mihi probabile fit, Ulpiani sensum esse, In actione commodati similiter in litem jurari, id est, ita in litem jurari, sicut in cæteris bonæ fidei judiciis, ad restitutionem æque spectantibus, jurari solet. Nimirum æquitatis est, rem a me profectam, mihi restitui ex fide bona. id si contumacia tua mihi non contingat in bonæ fidei judicio: nullam dicas causam; cur non conveniat officio Judicis, ex fide bona cognoscentis, condemnationem crescere per jusjurandum in litem; ne vel hic umquam sit in potestate cujusque, rem ab invito domino justo pretio per rapinam comparare. Sed quemadmodum id verissimum est in his quæ restitutionem petunt: sic nusquam proditum est in cæteris quæ eum finem non habent, magisque spectant ad traditionem rei ab actore non profectæ. Exemplum in actione ex empto nobis suppeditant sequentia Diocletiani & Maximiani verba: *Sitraditio rei vendita, juxta emptionis contractum, procacia venditoris non fiat: quanti interesse compleri emptionem fuerit arbitratus Præses provincia, tantum in condemnationis taxationem deducere curabit. l. 4. C. de act. empti.* Sermo Imperatorum est de actione empti, quæ est quidem bonæ fidei, at non petit restitutionem rei ab emptore profectæ; sed traditionem rei, quæ adhuc sit venditoris, numquam fuit emptoris. in ea igitur actione nolunt Imperatores, emptori, quantumvis querenti de procacia venditoris rem venditam non tradentis, jusjurandum in litem deferri; quia emptor non cogitur rem invitus vendere, ut ei relinquenda sit libertas eam ex affectione æstimandi, quanti ipsi videatur. at nec venditor potest rem quæ ejus est, emere: & si emat, nullius momenti est emptio *l. 16. & l. 34. §. 4. D. de contrah. empt.* Superest igitur, ut emptor agens ad rei venditæ traditionem, ne ob procaciam quidem venditoris rem venditam non tradentis, ad jusjurandum in litem admittatur: vereque, & juri convenienter rescribant Imperatores, si venditor procacia sua non tradat rem venditam, æstimationem ejus quod emptoris interest eam tradi, esse faciendam officio Judicis: semper verum pretium quærentis, insuper habito singulorum affectu aut utilitate *l. 33. D. Ad Legem Aquiliam. l. 63. D. Ad Legem Falcidiam.* Adeo refert: utrum Lex velit, æstimationem ejus quod interest a Judice fieri; an ab actore, ei delato in litem iurejurando *l. 64. D. de judic.*

Obtinet igitur jusjurandum in litem in judiciis arbitrariis: nec minus in judiciis bonæ fidei; quibus agatur ad restituendum, exhibendumve. imo ne sic quidem semper juratur in litem; sed (ut Marcianus *lib. 4. Regularum* ait in *d. l. 5. §. 3. h. t.*) ob dolum solum, non etiam ob culpam. addit Marcianus, *Hæc enim* (res poscit, hanc enim) *Judex æstimat.* puta, ex rei veritate: ut modo dictum. Eodemque sensu etiam Ulpianus *l. 4. §. ult. d. t.* *Ex culpa*, inquit, *non esse jusjurandum deferendum constat: sed æstimationem a Judice faciendam.* Videlicet non pluris, quam quanti res est: cum iurejurando actoris in litem etiam ultra æstimetur. alterum docet Ulpianus *l. 1. D. h. t.* utrumque evincit Paulus *l. 2. §. 1. D. d. t.* verbis quæ subjeci: *Interdum quod intersit agentis, solum æstimatur, veluti cum culpa non restituentis, vel non exhibentis puniatur, quanti in litem juraverit actor.* Ex his verbis intelligitur, quid interdum, nec minus, quid passim fiat. Sunt hæc evidentia: nec opus pluribus; nisi addam, quod de culpa dixi,

de levi esse exaudiendum: certo, latam sub dolo comprehendi *l. 226. D. de verb. signif.* ac proinde, cum apud Marcianum *d. l. 5. §. 3. D. h. t.* sic extat, *Sed in his omnibus ob dolum solum in litem juratur, non etiam ob culpam*: verisimile est, verba, ob dolum solum, non oponi culpæ latæ, sed culpæ levi. At hoc, palam testatur Antoninus *l. 2. C. h. t.* verba Antonini: *Is qui rationem tutelæ seu curæ reposcit, invitus in litem jurare compelli non potest: sed volens ita demum audiendus est, si heres per longam successione tutoris instrumenta pupillaria dolo vel circumveniendi pupilli gratia, exhibere non vult. Sin vero neque dolo, neque lata culpa, neque fraus heredis convincitur, ommissa jurisjurandi facultate Judex de veritate cognoscet: quæ etiam argumentis liquidis investigari potest.*

Ut absolvam regulam *d. l. 5. h. t.* in memoriam revocemus, quæso, dictum in antecessum, Marcianum, cum sic ait, *In actionibus in rem, & ad exhibendum, & in bonæ fidei judiciis, in litem juratur*; ex adverso significare, in judiciis stricti juris non observari ita: nam in his non jurari in litem, ut maxime dolo & contumacia accusetur. Hoc secundum regulam Marcianus, at non sine exceptione: nam vel in his finit, interdum in litem jurari *d. l. 5. §. 4. Plane*, inquit, *interdum & in actione stricti iudicii in litem juratur.* Ac ne exemplum deesset exceptioni: addit, *Veluti si promissor Stichum moram admiserit, & Stichus decesserit.* Aliud sit ex Paulo *l. 6.* si Stichus debeat ex testamento. Bene autem *d. l. 5.* monet Ulpianus, hoc procedere, si Stichus decesserit, admissa mora: nam hæc perpetuat obligationem, ac quia solvi non potest Stichus qui est mortuus, æquum visum est, deinde æstimationem ejus loco deberi. *Alias*, (sic ex Paulo subjicitur *d. l. 6.*) *si ex stipulatu vel ex testamento agatur, non solet in litem jurari.* Cum ait, *Alias*: significat, si Stichus ante moram decesserit, obligationem extinguere interitum naturali speciei debitæ *l. 23. D. de verb. oblig. l. 107. D. de solut.* Solvere vero post moram mortuo, in litem jurari, Marcianus ait: quia Judex æstimare sine jurisjurandi relatione (an delatione: sæpe enim confunduntur verba, *referre* & *deferre* jusjurandum; & sunt exempla in *l. 24. D. de jurejurando l. 12. D. Rer. amot. l. 5. §. 4. D. h. t.*) non potest rem quæ non extat. Igitur vel hoc casu sit necessitate; ut res quæ post moram perit, actoris jurejurando æstimeretur: non ex affectione; sed ex veritate, nullo affectionis respectu.

Sequens locus est, quem oporteat jusjurandum in litem deferre? & ait Ulpianus, Judicem deferre oportere. quid, si alius detulerit jusjurandum, vel non delato juratum sit? nullam fore religionem, nec jusjurandum, idem Ulpianus ait *l. 4. §. 1. h. t.* & est ratio: quod hoc jurejurando agitur, ut puniatur contumacia ejus qui jussus restituere præcepto non parer: hujus vero contumaciæ, pænæque, cujus, nisi Judicis, æstimationem esse, in formula voluit Prætor? deferret igitur hoc jusjurandum Judex.

At cui? domino litis. Ulpianum audi *l. 7. D. h. t.* *Vulgo præsumitur, alium in litem non debere jurare, quam dominum litis.* Hoc vero verbo, ut ex sequentibus intelligitur, Ulpianus actorem designat. nec distinguit; utrum agat actione in rem, an in personam. tantum desiderat, eum esse litis dominum. nec tamen ei sufficit, dominum esse qualiter qualiter: sed verum esse, postulat. ita domini appellatione non comprehendit procuratorem, etsi lite contestata dominum factum. non enim est verus dominus: & ex Papiniano in *d. l. 7.* commodè subjicitur, *Alium non posse jurare, quam eum qui litem suo nomine*

contestatus est: id est, qui re vera litis dominus est; non qui juris subtilitate pro domino habetur. Nimirum, quia hoc jurejurando res non æstimatur, quanti re vera est, sed ultra ex affectione læsi dolo & contumacia possessoris; non potest alterius, quam ejus cujus actio est, jusjurandum intervenire: eo quod is solus, qualis & quanta ejus affectio sit, intelligit.

Inde quæsitum fuit *l. 4. D. h. t.* quid juris sit in tutelari causa. Hanc causam exaudiunt Docti Viri de actione tutelæ adversus contutorem, heredemve ejus remotum excusatumve, a tutore pupilli nomine instituta. in ea in litem jurari liquet ex *l. 8. h. t.* Igitur quæritur, quid juris sit in tutelari causa? negat autem Ulpianus, pupillum ipsum, si impubes est, id est, si adhuc impubes est, vel, quia adhuc impubes est, jurare posse, opinor, propter defectum idonei intellectus: ex quo æstimatio affectionis, quam Judicem servare, æquum est, demum proficisci potest. Nec resistit *l. 26. D. de jurejurando.* interest enim, quod jusjurandum isto loco ab adversario, illo a Judice, deferretur. Sed hoc in pupillo certum est. De tutore videamus. Ulpianus *d. l. 4.* sic scribit: Sed nec tutorem cogendum vel matrem pupilli admittendam, etsi parata esset jurare, D. Fratres rescripterunt. grave enim videbatur, & ignorantes & invitos tutores sub alieni compendii emolumento etiam perjurium anceps subire. Curatores quoque pupilli vel adolescentis non esse cogendos in litem jurare, rescriptis Imperatoris nostri & D. Patris ejus continetur. Si tamen tantam affectionem pupillo suo vel adolescenti tutores vel curatores præstare volunt, auctoritas juris non refragabitur, quin iudicio quod inter ipsos acceptum est, finis ejusmodi possit adhiberi: non enim ad suam utilitatem referenda jurisjurandi æstimatio est, sed ad domini cujus nomine tutelæ ratio postuletur. Adulescens vero, si velit, jurare potest.

Jurat igitur in litem dominus litis. quatenus? in infinitum, sic ait Ulpianus *l. 4. §. 2. D. h. t.* In infinitum autem non est, in immensum; sed in indefinitum: ut in *§. 4. Inst. de heredib. Instit.* certe Ulpianus infinitum ab immenso distinguit in *d. §. 2.* ita sensus: Moribus aut legibus quibus receptum sit jusjurandum in litem, non est definita quantitas ad quam debeat jurari, & ideo non est juranti opus, servare modum. imo ei liberum est, rem petitam suo arbitrio æstimare; in eoque affectioni suæ indulgere etiam immodice. Nec male Paulus lib. 3. Responsorum scribit *l. ult. h. t. De perjurio ejus qui ex necessitate juris in litem juravit, quæri facile non solet.* Nempe potest immodestia ex affectione rem æstimatoris accusari, falsitas accusari non potest. Sed, ut hoc agamus, sic est, si Judex æstimationi non iniecit modum. At pone, statuisse aliquem, ut intra certam quantitatem juretur; ne forte arrepta occasione in immensum juretur? & quidem in arbitrio Judicis esse, deferre jusjurandum, nec ne, constat. an igitur qui possit jusjurandum non deferre, idem possit & taxationem jurisjurando adjicere, quæritur? Arbitrio tamen Judicis bonæ fidei etiam hoc congruere, Ulpianus putat *d. §. 2. l. 4. h. t.* Proprie vero uti eum *taxationis* verbo, ex hoc Festi intelligitur. *Taxat verbum ponitur in iis, quæ finiuntur, quoad tangi liceat, in l'itibus quoque arbitrio ve, cum proscribitur, quoad ei jus sit statuendi. Taxatio dicitur quæ sit certa summa.* Hæc ad Ulpianum: cum quo consentit Marcianus *l. 5. §. 1. d. t.* Illud videndum, quale sit, quod Ulpianus *l. 68. D. de rei vindic.* sic scribit: *Si vero, non potest restituere, si quidem dolo fecit, quo minus pos-*

fit, is, quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum juraverit, condemnandus est. Meo iudicio est hoc sic accipiendum: ut Iudex, si taxationem iurijurando non adjecit, debeat præstitum iusjurandum sequi: non autem absolvere prorsus reum, aut minoris condemnare: præterquam ex magna causa, & postea repertis probationibus. ita ipse in *d. l. 4. §. 3. h. t.* & accipienda *l. 18. D. de dolo malo.*

Exspectas finem Tituli, explicitis plerisque ejus capitibus. sed resistit Ulpianus: adhuc petens expositionem *l. 1. h. t.* cuius partem attigimus; scopum nondum demonstravimus. verba Ulpiani: *Rem in iudicium deductam non idcirco pluri esse opinamur, quia crescere condemnatio potest ex contumacia non restituentis per iusjurandum in litem: non enim res pluri fit per hoc, sed ex contumacia æstimatur ultra rei pretium.* Ut intelligatur, quo spectet Ulpiani disputatio; consideranda Inscriptio est. præfert illa Ulpiani lib. 51. Ad Sabinum: quo eum de jure atque officio ius dicentis, itemque de iudiciis, Iudicis, & formulæ datione scripsisse, liquet ex *l. 13. D. de iurisd. l. 6. D. de capit. minut. l. 59. D. de iudic. l. 55. D. de re iudic. l. 179. D. de verb. signif. §. l. 37. D. de reg. jur.* Indicavi fontem, unde peti debeat Ulpiani thema, id ponam in stipulatione ratam rem haberi: monstrante Paulo *l. ult. D. de fidejussoribus.* Est autem tale: Absentis procu-

rator in rem agebat, & cum haberet mandatum minus idoneum, dederat, ut mos est, cautionem dominum ratam rem habiturum. postea victo procuratore, dominus reversus, iterum de eadem re agitabat: id est, iterum eam vindicabat, & causam obtinebat. reus victus cum haberet possessionem, & noller eam restituere jussu Iudicis, ideo magno condemnatus est: id est, tanti, quanti dominus in litem juravit. Quæritur, in quantum teneantur fidejussores, a reo conventi ex cautione ratam rem dominum habiturum esse. Dubitatio vertitur: quod in stipulatione qua procurator cavet, ratam rem dominum habere, id continetur, quod intersit stipulatoris *l. 19. D. Rat. rem hab.* id est, quantum ei abest, quantumque lucrari potuit *l. 13. D. eod.* Sed placuit, quod Ulpianus ait *l. 1. h. t.* rem in iudicium deductam non idcirco pluri esse, quia crescere condemnatio potest ex contumacia non restituentis, per iusjurandum in litem. qua ratione? quia non res pluri fit per hoc, sed ex contumacia æstimatur ultra rei pretium. Quid ergo est? Negat Paulus, in amplius teneri fidejussores. & causatur: quod hoc non debet imputari fidejussoribus, quod ille propter suam pœnam præstitit. Dedi unum exemplum. est & alterum in *l. 60. §. 1. D. Ad Leg. Falcid.* sed ex superiore satis liquendum.

TITULUS IV.

De condictione causa data causa non secuta.

Interpretationem Tituli ordiar ab emendatione. Nam in omnibus codicibus editur, *De condictione causa data causa non secuta.* Nullo sensu, melius scribatur, *De condictione sub causa dati causa non secuta:* vel, *ob causam dati causa non secuta.* Hoc modo loquuti Veteres *l. 9. l. ult. D. h. t.* In Codice quoque est Rubrica, *De condictione ob causam datorum.* Ita liquet, hac actione intendi; ut qui dedit ob causam, ea non secuta, adversus eum qui accepit, habeat dati repetitionem. Hæc vero obligatio non venit ex contractu: (fuerat enim conventum, ut contra daretur, non ut restitueretur) sed extra: ut sæpe fieri observatur *l. 13. §. 2. D. Commodati.* est igitur condictio ob causam dati causa non secuta quasi ex contractu. Causa talis est aut futura aut præterita. ista in specie causa, illa res appellatur. causa non habet repetitionem: res habet *l. 52. D. de condict. indeb. l. 1. D. de condict. ob turp. caus.* Igitur quæ in Rubrica vocatur causa, magis res, quam causa dicenda: & obrinet hæc condictio, si datum sit ob rem, id est, ob causam futuram, & non sequutam.

Primum oportet aliquid datum esse. scilicet, quia hæc condictio, exemplo mutui nati ex re tradita, potest spectare ad dati repetitionem. Utrum tamen vere datum sit, an juris interpretatione pro dato habeatur, non multum refert. sit thema ex *l. 10. D. h. t.* Mulier debitori suo nuptura, ei in dotem promisit pecuniam ab illo debitam; eamque ei hoc nomine acceptam fecit. nuptiis deinde non sequutis; quæsitum est, an mulieri competat condictio ob causam dati? poterat dubitari; quia hæc actio vult, aliquid datum esse; hic vero nihil datum. ait tamen Javolenus, eam mulieri competere: quia ut non intervenerit vera & naturalis datio per annumerationem pecuniæ; quasi tamen quædam intervenit per

brevem manum. nec interest, utrum pecunia mulieri a marito primum soluta sit ex causa debiti, & ei deinde annumerata ex causa dotis: an quæ apud eum erat ex causa debiti, apud eum per acceptilationem manserit ex causa dotis. Similis casus est in *l. 4. h. t.* Debitor a creditore impetravit; ut ab eo liberaretur per acceptilationem: sub ea lege, ut pro se daret expromissorem. liberatus nullum dedit expromissorem. an est locus condictioni ob rem dati? sequentibus juris subtilitatem, nihil est datum; & ideo non est condictioni locus. sed Ulpiano visum, æquitatem præferre summo juri; ubi in summa nihil interest; utrum aliquid sit naturaliter datum; an cum exigi posset, remissum sit.

Igitur ut locum habeat condictio ob causam dati, aliquid datum esse oportet: sed ob rem, id est, ob causam futuram. nam si quid simpliciter datum sit sine re aut causa; donatio est, & condictio cessat: quamvis datum sit spe alicujus commodi aut lucri: cum interim de ea nihil est in donatione adjectum. Exemplum in *l. 6. C. h. t.* Pater filiam suam quam ancillam esse existimabat, cupiens manumissam, ejus domino aliam dedit ancillam: sperans, fore; ut is illa motus benignitate, filiam suam manumitteret. non secuta, præter spem, manumissione: quæsitum est, an ancilla data repeti possit condictione ob rem dati? Dubitatio est: quod pater eam non fuisset donaturus; nisi cogitasset, fore; ut manumitteretur ejus filia? Quid Imperatores? ajunt, interesse, quo modo facta sit donatio, utrum pure, an ea lege, ut filia manumitteretur: arbitrati, priore casu meram esse donationem quam ut patri extorserit spes secururæ manumissionis, interim esse liberalitatem pure perfectam sine lege & conditione, sen causa finali quam hæc actio desiderat: posteriore casu aliter jus esse; nam servandam legem donationis.

nationis: qua non sequuta, quo minus repeti ancilla possit, nihil impedire. Simile exemplum in *l. 7. C. d. 1.* Gerontius quidam ad quem rescriptum, institutus peregrinationem, itineris comitem sibi destinabat familiarem amicum: sed metuens, ne id difficulter ab eo impetraret, ejus uxori dedit donum, nulla adjecta conditione seu lege: sperans, fore; ut eum hac liberalitate facilius ad proficiscendum secum provocaret. nil impetrat. an potest revocare donationem quam non fecisset, nisi credidisset fore; ut eum permoveret ad proficiscendum secum? Non potest. qua ratione? quia non est quaestio, quo animo, quave spe, impulsus motusque eam donationem fecerit: sed qua lege. nam si nullam repetendi ejus quod donabat, conditionem donationi addidit: integra est donatio pure facta, etiamsi maxime eam donationem non fecisset, nisi ea spes fuisset: quia verum est, pure factam fuisse. Et in hunc sensum optime Celsus *l. 3. §. 7. D. h. t.* constare, inquit, eum qui dedit ea spe, quod se ab eo qui accepit remunerari existimaret, vel amiciores sibi esse eum futurum, repetere non posse opinione falsa deceptum.

Ut igitur obtineat hæc conditio, oportet aliquid esse datum ob rem, id est, ob causam futuram: quod si quid simpliciter sit sine re aut causa datum, cessat conditio. Nec tamen refert, utrum expressa sit causa, an ipsa re, aut idoneis argumentis, intelligatur. Sit thema ex *l. 6. D. h. t.* Extraneus aliquis pro muliere nuptura dedit dotem: hac lege, ut ei dos soluto matrimonio restitueretur. nuptiæ non sunt secutæ. is qui dotem dedit, vult eam repetere. an potest? dices, non posse: quia præsens casus pacto convento non est expressus, nam tantum convenit, dotem restitui, soluto matrimonio, hic matrimonium adeo non est solutum, ut ne contractum quidem sit. denique aliud est, matrimonium ab initio non esse contractum; aliud esse solutum, postquam contractum est. Ait tamen Ulpianus, dotem posse repeti hac actione: eo quod res & natura dotis satis evincit, hanc fuisse mentem contrahentium; ut dos nuptiis deficientibus restitueretur; sive solutæ sint, postquam contractæ fuere; sive numquam sint secutæ: quando dationi dotis, servituræ levandis matrimonii oneribus, semper insit tacita conditio, si nuptiæ sequantur; etsi de hoc palam nihil sit conventum.

Igitur ut fiat huic actioni locus debet aliquid esse datum, atque ea lege, ut res sequatur. at nec hoc sufficit: præterea oportet rem ob quam datum sit, non esse securam, nam si datum sit ob rem securam, consequens est sono nominis, cessare condictionem ob causam dati causa non secuta: cum sit satisfactum legi ob rem dati *l. 1. D. h. t.* Dupliciter vero fit, ut res non sequatur. primum, si accipiens cessat dare. deinde, si dantem pœnitet dati. prior species est, si accipiens cessat dare, cum habet dandi facultatem; imo & si ea destituitur, modo ejus culpa aut mora accusetur. de culpa indicium est in *l. 5. §. 1. D. de præscript verb.* de mora in *l. 3. §. 3. D. h. t.* nimirum utroque casu per eum stetit, quo minus res sequatur: nec est iniquum, ejus moram aut culpam ei potius, quam adversario, nocere *l. ult. C. h. t.* quid, si id contingat casu fortuito, nulla mora aut culpa accipientis? nihil est, quod ei imputetur: siquidem per eum non stat, ne res sequatur. ita rationis fuerit, ex hoc capite cessare condictionem *l. 8. C. h. t.* Sed non tantum est huic actioni locus; si accipiens cessat dare; verum etiam tum, cum dantem dati pœnitet. utriusque causæ mentio *l. 3. §. 2. & 3. item l. 5.*

D. h. t. apparetque his ex locis: quod semper est jus pœnitentiæ, quamdiu res secuta non est: & potest datum tamdiu propter pœnitentiam repeti hac actione: sive res adhuc extet, sive jam perierit accipientis culpa, aut mora, aut sine utraque mero casu fortuito. ita refert volentis agere hac actione, utrum experiatur ex causa pœnitentiæ, an ex causa rei non secutæ; & fuerit prudentiæ, utram eligat, bene exprimere: tam diverso utriusque exitu.

Ceterum, sive hac, sive illa, ex causa destinet agere hac condictione: non poterit alias, quam si non appareat alia obligatio quam ob rem dati re non secuta. nam si subsit contractus proprii nominis, emptio & venditio, verbi gratia: tum ut maxime datum sit hac lege, ut contra detur, nec sit datum contra, nulla repetitio est per hanc actionem: perfecta obligatione proprii contractus, ex eaque parata ad ejus consummationem actione ex empto aut vendito. Licebit hoc intelligere ex *l. 12. C. de rei vindic.* Species: Alexander quidam (hoc nomen indicat loci Inscriptio) dominium mancipii a se venditi in emptorem transtulit: ea lege, ut contra daretur pretium. emptor cessat dare. venditor vult mancipium sibi restitui. an potest ex pœnitentia? minime, idque ipse non ignorat: & ideo petit ab Imp. Diocletiano & Maximiano, mancipium sibi ex eorum Rescripto assignari. Sed Imperatores, inciviles, inquirunt, atque inusitatum est, quod postulas, ut mancipium cujus dominium ex causa venditionis tradidisti, invito emptore, vel invito ero (sic enim lego, cum alias nullo sensu scribatur, invito eo: ut pridem observavi *lib. 2. Observ. c. 25.*) ex nostro Rescripto tibi assignetur. Sane de pretio convenire potes adversarium tuum. Idem Imperatores *l. 12. C. de contrah. empt.* idem sic exprimunt: Pretium sane... peti potest. nec enim, licet in continenti facta pœnitentia contestatio consensu finita rescindit. Interest igitur inter contractus nominatos & innominatos: quod in istis etiam est dati repetitio: in illis tantum promissi exactio. Atque hæc in *l. ult. D. h. t.* est Celsi quærendi causa, qualis in specie ei proposita sit contractus, emptio & venditio, an obligatio ob rem dati re non sequuta. Verba Celsi adscripsi: differentiæ rationem effectumque aliquanto curatius demonstraturus. Verba Celsi: Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares. utrum id contractus genus proportionem emptionis & venditionis est? an nulla hic alia obligatio, quam ob rem dati re non sequuta? in quod proclivior sum. & ideo si mortuus est Stichus, repetere possum, quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares. finge alienum esse Stichum, sed te tamen eum tradidisse: repetere a te pecuniam potero, quia hominem accipientis non feceris. & rursus, si tuus est Stichus, & pro evictione ejus promittere non vis, non liberaberis, quo minus a te pecuniam repetere possim. Sæpe miratus sum, quo argumento Celsus data pecunia, ut Stichus daretur, potuerit quærere; utrum id contractus genus pro ea portione quam habet in ordine civilium negotiorum, sit emptio & venditio; (sic enim explicanda esse Celsi verba, indicavi *lib. 1. Observ. c. 17.*) an potius obligatio ob rem dati re non secuta. magisque mihi ægre semper fuit; quod in hoc se esse proclivior confitetur: cum Veterum nemo, quantum ex eorum Fragmentis conjicio, umquam dubitaverit; quin pecunia data, ut Stichus detur, sit emptio & venditio; obligatio ob rem dati non sit. Eximere igitur hanc difficultatem multi suo cogitarunt modo. ego meo idem tentavi *lib. 4. Probabil. c. 4.* arbitratus, vitiosa esse Celsi verba, & ex Siglis sic restituenda: Dedi tibi peregrinam pecuniam, ut mihi

mibi Stichum dares. utrum, & reliqua. Peregrina pecunia, ut ibidem pluribus ostendi, mercis loco habebatur. ita ratio his fuit; ut ea in specie ex sententia Celsi non emptio & venditio, sed contractus in-nominatus videretur. Nec vero parum intererat, utrum hic, an ille, contractus existimaretur. nam emptio & venditio perficitur, simul ac de re & pretio convenit; & ideo siue aliquid, siue nihil, datum sit, modo consensum sit, emptio & venditio dicitur, statimque competit actio ex empto & vendito ad consummationem ejus contractus: ad dati autem repetitionem neque illa competit, neque condictio causa dati causa non secuta *l. 12. C. de contrah. empt. l. 3. l. 7. l. 14. C. de rescind. vend.* at contractus do ut des demum proficiscitur a re data; daturque inde actio incerta præscriptis verbis; nec minus condictio ob rem dati re non secuta: illa urget contractus consummationem; ista dati repetitionem, & hanc non tantum, cum tu cessas dare, sed & tum, cum me dati pœnitet *l. 3. §. 2. & 3. item l. 5. D. h. t.* Hæc tam varie; quia quidquid in emptione & venditione datur, postquam de re & pretio est consensum, datur perfecta emptione & venditione: ex eaque solvitur quasi debitum; quare neque dati repetitio est, & tantum competit actio ex empto aut vendito ad complementum ejus contractus. at qui in contractu do ut des dat, neque debitum dat, neque ut se obliget, aut liberet: sed ut accipientem obstringat sibi. proinde verius est, illi præter actionem præscriptis verbis ad id quod interest, etiam competere dati conductionem: vel quia res secuta non est, vel quia eum dati pœnitet *d. l. 3. §. 2. h. t.* Intererit, hoc demonstrasse. prior causa conductionis ob rem dati est, quod res secuta non est, siue cum posset sequi, siue cum propter moram aut culpam tuam non posset: illo quidem casu, ne ego cujus tu fidem fallis, damnum patiar per te cui rem meam dedi; ea lege, ut mihi tuam dares, cum non essem obligatus tibi: hoc autem casu ideo mihi datur condictio; quia, cum est tua culpa aut mora factum, ne contra possis dare, non iniquum est, eam tibi potius, quam mihi imputari. cæterum, si ea res quam debuisti mihi dare, fortuito casu periit, præter tuam culpam aut moram, tunc quia per te non stat, quo minus eam mihi des, neque adeo est, quod imputetur tibi, condictio cessat hac ex causa. Sed dati condictio mihi non tantum datur tum, cum tu cessas dare; verum etiam, cum me dati pœnitet: neque hic interest, utrum per te steterit, quo minus mihi dares, an per te non steterit; nã mihi sufficit, conductionem neque in hoc, neque in illo, casu ulla mea obligatione inhiberi. Igitur si res mihi a te danda fortuito casu periit sine mora aut culpa tua; etsi per te non steterit, quo minus eam dares, & ideo negetur mihi condictio ex causa rei non secutæ: hæc ta-

men permittetur ex causa pœnitentiæ. id liquet ex *l. 5. pr. & §. ult. D. h. t.* nec aliud vult Celsus in *d. l. ult.* sic scribens: *Et ideo si mortuus est Stichus, repetere possum, quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares.* Celsus respicit ad conductionis causam, quæ pœnitentia nititur, atque ex hac usum invenit. Esto; si res secuta non sit. Quid, si secuta sit; sed aliter, quam oportuit: ut si aliena data sit, cum propria danda esset; aut si propria data sit, sed is qui debet dare, non caveat pro evictione? utroque in casu, quamquam secuta res est, tamen quia secuta est aliter, quam oportuit, erit pœnitentiæ locus, ex eaque dabitur condictio. Sic apparet, differentias emptionis & permutationis a Celso tres adferri in *d. l. ult.* prima est; quod, si mortuus est Stichus, antequam mihi datus esset, est mihi pecuniæ datæ repetitio: quia ut per te non steterit, quo minus dares, tamen quamdiu non dedisti, est mihi jus pœnitentiæ: at in emptione & venditione tale jus non est, postquam est de re & pretio consensum, altera differentia est: quod, si alienus est Stichus, sed tu eum tradidisti, adhuc, quia non dedisti, etsi tradidisti, tamen ex pœnitentia a te repetam quod tibi ideo dedi, ut mihi Stichum dares; quod item in emptione & venditione aliter observatur. tertia differentia est: quod si tuus est Stichus & pro evictione ejus promittere non vis, similiter erit mihi dati condictio ex causa pœnitentiæ: quia oportet te non tantum dare, sed & cavere pro evictione, pariter ut in emptione & venditione: in qua tamen quia condictio & pœnitentia cessat, differentia tertia est. Exposui Celsum in *d. l. ult.*

Nescio, an addam, quid petat condictio ob causam dati causa non secuta: cum ex nominis sono intelligatur, hoc agere, ut res ob causam data, causa non secuta, restituatur. Illud non silebo, eam rem non nude restitui; sed una cum fructibus & partibus *l. 3. §. 4. h. t.* & si quid præterea rei adcrevit *l. 12. d. t.* Forte terret te, quod hæc actio tibi videtur esse stricti juris, & a Paulo sic traditur *l. 31. D. de rob. credit. Cum fundus vel homo per conductionem petitus esset, puto hoc nos jure uti, ut post judicium acceptum causa omnis restituenda sit: id est, omne quod habiturus esset actor, si litis contestata tempore solutus esset.* At distinguenda sunt judicia stricti juris: non enim omnia eodem pergunt. quin sunt in quibus petimus quod nostrum est, aut aliquando fuit. atque in his etiam veniunt fructus & accessiones: in quibus autem petimus quod nostrum non est, nec umquam fuit, veluti cum quis ex stipulatione agit; non veniunt fructus, nisi a tempore litis contestatæ. sic a Paulo animadversum & traditum *l. 38. §. 1. 2. 3. juncto §. 7. D. de usuris.* porro condictio ob causam dati, petit id quod nostrum aliquando fuit, quamvis nunc non sit.

T I T U L U S V.

De conductione ob turpem vel injustam causam.

In hac Rubrica quæ est de conductione ob turpem vel injustam causam, causæ appellatio quoque in futurum prospicit: eoque Paulus *pr. & §. 1. l. 1. h. t.* omne, inquit, quod datur, aut ob rem dari, aut ob causam: & ob rem aut turpem, aut honestam. & quidem ob rem honeste datum, ita demum repeti; si res propter quam datum est, secuta non sit: de quo superiore actum Titulo: sed si datum sit ob turpem causam, repeti posse, etiamsi res secuta sit.

Est tamen circa hoc Pauli triplex deliberatio: aut enim, inquit, dantis est turpitudine, non accipientis; aut accipientis dumtaxat, non etiam dantis; aut utriusque. Prima deliberatio est, si dantis sit turpis causa, non accipientis. ad hanc vero partem palam non responderet Paulus: etsi non dubito; quin noluerit in ea esse dati repetitionem. sed clare Ulpianus *l. 4. §. 1. verbis sequentibus: Sed quod meretrici datur, repeti non potest, ut Labeo & Marcellus scribunt.*

sed

sed novaratione, non ea quod utriusque turpitudine versatur, sed solius dantis: illam enim turpiter facere, quod sit meretrix; non turpiter accipere, cum sit meretrix. Sermo Ulpiani est de meretricibus, artem meretriciam veteri more professis apud Aediles. Hanc artem profiteri, turpe habebatur; usque adeo, ut in eas, quasi indignas omni legum cura, deinde impune admitteretur stuprum & adulterium. Tacitus lib. 2. Annal. c. 85. Vestilia pratoria familia genita, licentiam stupri apud Aediles vulgaverat: more inter veteres recepto qui satis poenarum adversum impudicas in ipsa professione flagitii credebant. Hoc Tacitus. plura in Notis Liphus. Tales mulieres dicit Ulpianus turpiter facere quod sint meretrices, id est, impudicitiam professæ: at non turpiter accipere, cum sint meretrices: ducto, ut videtur, argumento a decoro artis professionisque, quale fieri sinit hoc lenæ apud Plautum, *Asinar.* 1. 3.

-- Quid me accusas, si facio officium meum.

Nam neque usquam fictum, neque pictum, neque scriptum in poematis,

Ubi lena bene agat cum quiquam amante quæ frugis esse volt.

Hanc rationem Ulpianus vocat novam: id est, infuetam, insolitam: ut sæpe Veteres loqui, ipse pluribus probarem: nisi prævenisset V. CL. Radulphus Fornerius, *Rer. quotid. lib.* 3. c. 24.

Altera Pauli deliberatio est, si dumtaxat sit accipientis turpitudine, non etiam dantis. sic vero ait l. 1. §. 2. Quod si turpis causa accipientis fuerit, etiamsi res secuta sit, repeti potest. Et exemplum in verbis sequentibus l. 1. Ut puta dedi tibi, ne sacrilegium facias, ne furtum, ne hominem occidas. Et subiicitur: In qua specie Julianus scribit, si tibi dederò, ne hominem occidas, condici posse. Sic ille: & merito mireris: cum manifeste detur, ne pecces: id est, ne quid admittas turpe. Sed idcirco nihil pacisci aut accipere debes. contra oportet te a peccato, atque adeo a re turpi, ultro abstinere amore virtutis, aut metu legum. quod si ideo accepisti pecuniam, ne admittas scelus: hoc vero Veteribus merito est semper turpe visum. Idem putat; si tibi dederò, ut mihi reddas rem apud te depositam; vel ut instrumenta mihi redderes d. l. 2. §. 1. item, si tibi dederò pecuniam, ut mihi reddas rem quam mihi furto abstulisti l. pen. C. h. t. aut ut reddas pecora quæ abegeras l. ult. C. h. t.

Postrema Pauli inspectio est, si versatur utriusque & dantis & accipientis turpitudine. ait autem, sic da-

tum non posse repeti l. 3. D. h. t. hac optima ratione, quam dat Imp. Antoninus l. 2. C. h. t. quod in pari causa possessoris conditio melior habetur. Et est exemplum Paulo d. l. 3. Veluti, si pecunia detur, ut male judicetur. idque ultro liquet. sed quid, si dedi; ut Judex secundum me pronunciaret in bona causa? hunc articulum tractat Ulpianus l. 2. §. 2. h. t. Est quidem, inquit, relatum, conditioni locum esse: sed hic quoque crimen contrahit: Judicem enim corrumpere videtur; & non ita pridem Imperator noster constituit, litem eum perdere. Sic Ulpianus, satis obsecure. sed mihi probabile est, indigitare, fuisse quidem qui referrent, id est, docerent, esse locum conditioni, data Judici pecunia; ut secundum causam bonam pronunciaret: putantes, eo in casu nil fieri, nisi quod fieri, Judicis officio convenit. sed horum sententia ab Ulpiano refutatur eo; quod etiam talidatione admittitur crimen, ideoque procul dubio turpis est dantis causa: ut enim præ se ferat, bonam esse causam suam; & idcirco velle se, secundum hanc pronunciari: talis tamen prætextus pertinet ad exemplum. potest enim fallere aut falli: utique voluit, Judicem corrumpere, id est, in suam sententiam transducere. estque id eo evidentius, quod etiam Imperator noster, qui est Antoninus Caracalla, non ita pridem constituit, eum litem perdere. Sed apparet, in proposito versari utriusque turpitudinem, ideoque cessare ex hac causa conditionem. Idem, inquit Ulpianus l. 4. h. t. si ob stupram datum sit, vel si quis in adulterio deprehensus redemerit se. item si fur dederit, ne proderetur d. l. 4. §. 1. Est in his justa & elegans ratio, si exigatur ad regulas juris civilis: sed in præsentia non addenda: cum liceat eam petere ex his quæ scripsi Dicolet. & Maximian. c. 5.

Haftenus dixi, quid obtineat, si quid datum sit ob turpem causam. sequens quaestio est, si sic promissum sit. proponit hanc Paulus l. 8. h. t. & hoc solvit modo: Si ob turpem causam promiseris Titio, quamvis si petat, exceptione doli mali, vel in factum summovere eum possis, tamen, si solveris, non posse te repetere: quoniam sublata proxima causa stipulationis quæ propter exceptionem inanis esset, pristina causa, id est, turpitudine superesset: porro autem, si & dantis & accipientis turpis causa sit, possessorem potius esse: & ideo repetitionem cessare, tamen si ex stipulatione solutum sit.

TITULUS VI.

De condictione indebiti.

Cur Titulus De condictione indebiti collocetur hic, ubi exponitur conditio certi ex mutuo, si quis quærat: ei parata jam in antecessum Titulo 1. De rebus creditis est responsio: quod indebitum accipiens ab eo qui per errorem solvit, ei perinde re obligatur, ac si mutuum accepisset: daturque agenti contra eum propter repetitionem condictionis actio, fundamentum hujus actionis alioquin non est obligatio ex vero contractu: nam qui indebitum accepit, adeo non tenetur proprie ex contractu, ut si certiore rationem sequamur, magis ex distractu, quam ex contractu possit dici obligatus esse: is sane qui pecuniam dat solvendi animo, eam dat potius in hoc, ut distrahat negotium, quam ut contrahat. cæterum extra id quod agitur palam, tacita nascitur obligatio l. 13. §. 2. D. Commod. qua is qui accepit,

perinde tenetur, ac si mutuum ei daretur §. 6. Inst. de oblig. quæ quas. ex contr. nasc. l. 5. §. 3. D. de oblig. & act. Sed apparet ratio positi hoc loco Tituli De condictione indebiti: simul venire illam actionem quasi ex contractu, adeoque ex bono & æquo, solitam quippe quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare l. 66. D. h. t. volente naturali æquitate, post distincta dominia, neminem eum alterius detrimento fieri locupletiores l. 14. §. 15. D. d. t.

Ut autem locum habeat hæc conditio, in summa tria concurrere oportet: primum est, ut aliquid sit solutum: alterum, ut sit per errorem solutum: tertium, ut sit indebitum. primum oportet aliquid esse solutum, nempe dantis opinione: si enim verum quærimus, nulla est indebiti solutio: sola est debiti

debiti pr. *Inst. Quib. mod. tollit. oblig.* Interim soluti verbo hic duo continentur: unum est, ut aliquid sit datum: alterum, ut sit datum pro debito. primum oportet aliquid esse datum: quia solvere est, naturaliter prestare quod debetur *l. 49. D. de solution.* Ita ex re nascitur indebiti condictio, exemplo mutui §. 1. *Inst. Quib. mod. re contrah. oblig.* Producta tamen similitudine rationis est ad cautionem, sive promissionem indebite prestitam, ut restituatur & liberatio sequatur *l. 3. C. l. 31. D. h. t.* Non sufficit, quid datum esse, uti sit indebiti condictio: plus oportet, datum esse tamquam ante debitum. id vero ideo necessarium est; ut indebiti solutio discernatur a transactione: in qua datur quidem, sed non datur, tamquam ante debitum, verum ob causam futuram: quæ est, ut a lite discedatur; ideoque non repetitur, etsi nulla res ante media fuerit. Ita Paulus *l. 65. §. 1. h. t.* & notandum: quod in fine deest particula, & hoc modo restituenda: & *transactio imperfecta est, & repetitio dabitur*: ut observavi *lib. sing. Ad Edict. De pact. & transact. c. 3.*

Ut igitur obtineat indebiti condictio, aliquid solutum esse debet: sed per errorem. nam si quis sciens solverit quod non debet, cessat repetitio *l. 1. §. 1. h. t.* quasi donaverit *l. 53. D. de reg. jur.* Nec mutat, si dicatur dedisse hac mente, ut postea repeteret *l. 50. h. t.* nisi adjecerit solutioni; ut, si apparuisset, esse indebitum, vel Falcidia emerferit, reddatur: nam tum, quasi negotium gestum sit inter eos, repetitio locum habebit *l. 2. d. t.* Quid, si solverit, dubitans, an debeat? hic in partes iverunt Veteres. sed Justiniano placet. *l. ult. C. d. t.* ei concedere condictionem.

Vult igitur indebiti condictio, aliquid esse solutum per errorem. sed qualem? facti procul dubio: nam de hoc loquitur *l. 6 & 7. C. d. t.* & sunt exempla *l. 19. §. 3. & l. 22. D. d. t.* De errore juris videamus. In hoc aliud placuit, certe Paulus *l. 9. D. de jur. & fact. ignor. Regula*, inquit, *est, juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere.* Ac secundum hanc regulam ita in proposito ajunt Diocletianus & Maximianus *l. 10. C. eod. tit.* Cum quis jus ignorans, indebitam pecuniam solverit: cessat repetitio. per ignorantiam enim facti tantum repetitionem indebiti soluti competere, tibi notum est. Eodem modo Gordianus *l. 9. C. Ad Leg. Falcid.* verbis sequentibus: *Error facti quarta ex causa fideicommissi non retenta repetitionem non impedit. is autem qui sciens se posset retinere, universum restituit, condictionem non habet: quin etiam si jus ignoraverit, cessat repetitio.* Attuli testimonia evidentiæ ad demonstrandum quod dixi, tantum repeti indebitum facti ignorantia solutum: juris autem ignorantia solutum non æque. At enim Gordianus in *l. 9. C. Ad Senatusc. Vellejan.* sic rescribit: *Quamvis mulier pro alioolvere possit; tamen si precedente obligatione, quam Senatusconsultum de intercessionibus efficacem esse non sinit, solutionem fecerit, ejus Senatusconsulti beneficio munitam se ignorans, locum habet repetitio.* Sed facilis est responsio: quæ enim proposita Gordiano fuit consultatio, est de muliere juris errore solvente quod per Senatusconsultum Vellejanum non tenebaturolvere. ad mulieres autem regula quam ex Paulo posui, non pertinet. Ne opus sit, alios quærere testes, ipse sic Paulus *d. l. 9. D. de jur. & fact. ign. Minoribus viginti quinque annis jus ignorare permissum est. quod & in fœminis in quibusdam causis propter sexus infirmitatem dicitur: & ideo sicubi non est delictum, sed juris ignorantia, non leduntur.* Molestus præterea hic est Viuis Doctis Ulpianus *l. 1. D. Ut in possess.*

legat. Proponitur ibi heres, cui in testamento remissa a testatore erat satisfactio legatorum servandorum causa, eam legatario prestitisse; quod crederet, eam a testatore in testamento non potuisse remitti: cum jam contra rescripsissent D. Marcus & Commodus *l. 2. & l. 7. C. eod. tit.* lapsus igitur fuit errore juris, & tamen permittitur ei condictio indebitæ cautionis. Quid dicimus? ab Ulpiano tradi jus singulare, ideoque non trahendum ad consequentiam. id unde intelligitur? ex his ejus verbis: *Si vero hoc non potuisse remitti crediderit, nunquid condicere possit qui jus ignoraverit? adhuc tamen benigne quis dixerit, satisfactionem condici posse.* Ulpianus indigitat, condictionem indebitæ cautionis errore juris præstitæ, etsi cesset secundum juris regulam, in proposito posse recipi: sed, ut dixi, benigne: id est, singulari jure, & sine exemplo: ut in talibus observari, etiam Africanus memorat *l. 34. D. Mandati.* At enim est in *l. 7. & 8. D. de jur. & fact. ignor.* regula, errorem juris in damnis non nocere. quid ni igitur in errore juris obtineat indebiti soluti condictio? Sed videamus; ne oporteat eam regulam sic accipi; quasi velit, juris errorem in medio rem relinquere, eoque perinde habere, ac si non esset erratum: sic enim neque nocet, neque prodest. ita Cujacius, atque ingeniose *lib. 3. Observ. c. 39.* proinde non est dubium, quin indebitum solvens per errorem juris, faciat quidem damnum, at non ob juris errorem; sed propter solutionem: quia perinde est, ac si non esset erratum: id est, ac si indebitum a sciente esset solutum. Et quod est valde observandum, potest huc referri quod in *l. ult. §. ult. D. de jur. & fact. ignor.* a Paulo dicitur, Ignorantiam facti, non juris prodesse: nec stultis solere succurri, sed errantibus.

Postremo desiderat indebiti condictio, solutum esse indebitum. hoc vero pluribus modis accidit. primum est indebitum nullo jure debitum. de quo nihil attinet dici: quia est vere indebitum, quod neutro jure debetur. *l. 26. §. 3. h. t.* pone: nulla intervenit obligatio ex contractu, nulla ex delicto, vero vel quasi. pone, intervenisse causas obligationum, sed quæ jure non valuerint; ut sunt multæ tales sub Titulo *Inst. de inut. stipul.* & alibi. quid, si valuerunt, sed jure non habuerunt effectum? nihil mutat *l. 54. h. t.* & est casus: si quid erat debitum jure civili, sed poterat per exceptionem infirmari. est enim ejus exactio summo jure: quia producit actionem: sed instituta potest jure Prætorio elidi per exceptionem. quo facto, nihil interest; utrum ab initio nulla fuerit actio, an per exceptionem elideretur *l. 112. D. de reg. jur.* Hoc tamen Ulpiano *d. l. 26. §. 3.* demum placet, si perpetua sit exceptio. Recte: nam si temporalis sit; contra est. finge; est aliquid promissum in diem: statim debetur; etsi non potest exigi, ante quam venit dies. igitur solutum ante diem, non repetitur *l. 10. D. h. t.* quia statim cessit dies, quamvis nondum venit *l. 213. D. de verb. oblig.* Hoc: si debitum sit in diem certum. De incerto deliberemus. est is aut omnino incertus, aut utique venturus: hoc casu pro certo est, illo conditio habetur: estque ejus proprium, ut quamdiu non existit, sit quidem spes debitum iri, sed interim dies neque venisse, neque cessisse dicatur *d. l. 213.* eoque solutum tamquam indebitum, optimo jure repetitur: licet debitum sub conditione omnimodo exstatura solutum repeti nequeat *l. 16. 17. 18. D. h. t.* observante Ulpiano *l. 9. §. 1. D. de novat.* cum qui sub conditione stipulatur, quæ omnimodo exstatura est, videri pure stipulari. Quid, si dubitetur, an exitura sit conditio? Papinianus *l. 56. h. t.* sufficit, inquit,

ad causam indebiti, incertum esse, temporaria, an perpetua, sit exceptionis defensio.

Sit igitur regula (nam regulam indicat Inscriptio l. 40. D. h. t.) *Qui exceptionem perpetuam habet, debitum per errorem solutum repetere potest.* At nec hæc regula est sine exceptione; si audimus Marcianum d. l. arbitratur is, talem exceptionem aut ejus causam quo agitur, dari; aut in odium creditoris. prior casu ait, solutum repeti; idque accidere in Senatusconsulto de intercessionibus; id est in Senatusconsulto Vellejano. posteriore putat, perperam solutum non repeti; veluti, si filius familias contra Senatusconsultum Macedonianum mutuam pecuniam acceperit, & pater familias factus solverit: nimirum, quia perpetua exceptio altero in casu etiam naturalem obligationem tollit; in altero tantum civilem l. 9. §. ult. & l. 10. D. de Senatusc. Macedoniano: ut in loco demonstrabitur.

Illud quale, quod in exceptione competentia qua maritus de dote conventus ultra quam facere possit, se tueretur, est a Paulo l. 8. h. t. traditum hunc in modum: *Quod nomine mariti, qui solvendo non sit, alius mulieri solvisset, repetere non potest: adeo debitum esset mulieri?* Mihi videtur ea exceptio tota esse humanitatis: itaque maritus ea non tam liberari obligatione restituendæ solidæ dotis: quam in præsentia excusari a necessitate solvendæ. Argumentum mihi illud Pauli, *Adeo debitum esset mulieri*: tum cautio quam Justinianus l. unic. §. 7. C. de rei uxor. act. vult ab eo interponi de reliquo dotis solvendo, si quandoque ad meliorem fortunam revertatur.

Superest, ut disputemus de debito jure naturali, jure civili indebito. Aliquis hæreat: quia tale debitum, ut maxime nitatur æquitate juris gentium, auctoritate juris civilis destituitur. ita caret actione, nec potest ab invito peti. Si tamen ultro sit solutum, non potest repeti: quia verum debitum est jure naturæ. indebiti autem soluti condictio naturalis est l. 15. h. t. ex æquo & bono inducta l. 66. d. t. ne alter cum alterius detrimento fiat locupletior l. 14. d. t. quod hac in specie non est. Est igitur debiti vel non debiti ratio in condictione naturaliter intelligenda l. 64. d. t. Et eleganter Paulus l. 10. D. de oblig. & act. *Naturales, inquit, obligationes non eo solo æstimantur si actio aliqua earum nomine competit: verum etiam eo, si soluta pecunia repeti non possit.*

Plane est vel in naturali obligatione aliqua opus cautione, quia non est unus ejus finis, atque effectus: quin alia causam debet merito beneficio, nec procedit ultra officium: alia nata quasi ex negotio gesto comparatur ad obligandum. prioris exemplum est in donatario: qui donatori tenetur ad remunerandum; sed pudore mero, nulla juris necessitate, quare nec impedit condictionem solutionis per errorem factæ: putantibus Veteribus, non agi dato acceptoque beneficio, ut sit creditum: auctore Seneca lib. 3. De benefico. c. 7. posterior hujus loci est. exempla occurrunt passim.

Hactenus apparet, indebitum in præsentē condictione intelligi nulli debitum. porro addam, idem videri, si debeatur quidem, sed alii, & alii solvatur: aut si ab alio debitum alius solvat, quasi ipse debeat suo nomine l. 65. §. ult. h. t. nam vel tum repeti solutum ejusdem æquitatis est: quia non potest solutum videri debitum quod nec a debitore ipso, nec ejus nomine, est solutum l. 19. §. 1. d. t. contra dicendum, si debitoris nomine sit solutum, (ut potest eo invito vel ignorante fieri l. 53. D. de solut.) cessare repetitionem: quia jam suum recepit creditor; ut est in l. 44. D. h. t. & debet accipi l. 5. C. de pe-

tit. hered. Forte hoc frigebit tibi; existimanti, sic nullam esse dubitandi causam. Sed erit aliqua: si solvens alterius nomine, eum debitorem suum esse putet; & non est. ita enim neutri debet: & ideo repetet, non quidem ab eo cui solvit, verum a debitore pro quo solvit l. 5. §. 5. D. de except. dol. mal. l. 12. D. de novat.

Age, nunc videamus, cui detur indebiti condictio. Paulus dat ei qui solvit; & si decesserit, antequam repetat, heredi ejus. Sic Paulus l. 12. h. t. ex natura actionis in personam, natæ quasi ex contractu §. 6. Inst. de oblig. que quas. ex contr. nasc. ideoque solitæ competere ei qui potest dicere, adversarium sibi teneri aliqua obligatione §. 1. Inst. de action. Id tamen aliquando fallit: non subtili quidem jure; sed benignitate Principali. Exemplum l. 2. §. 1. h. t. Aliquis heres scriptus, adita hereditate solvit legata ex testamento quod putabat esse verum & ratum. id testamentum Judicis sententia declaratum postea est falsum vel inofficiosum vel ruptum. apparet, indebita esse legata: testamento quo sint relicta, nullo ab initio vel ex post facto; ideoque optimo jure repeti. utrum ab herede instituto, an legitimo? prior solvit, sed non est heres; posterior est heres, sed non solvit. interim condictio indebiti est actio personalis, tantum obtinens inter eos inter quos est nata quasi ex contractu. proinde non competit heredi legitimo, sed scripto: maxime, si de suo solvit legata. imo & si de hereditate dedit: quia hereditatis petitione tenetur ad restitutionem tamquam juris successor. quamquam hoc casu interest: utrum ea solverit bona fide; arbitratus, se heredem esse ex testamento: an mala fide. nam si bona fide solverit ante motam controversiam; (post est possessor malæ fidei) tenetur quidem petitione hereditatis restituere legata ex hereditate soluta; & ideo potest ea, si velit, repetere directa indebiti condictione: sed si malit, uti retentione, & directam actionem cedere heredi legitimo; nec hoc ei invidetur. scilicet, quia bonæ fidei possessor ex Senatusconsulto, de hereditatis petitione facto, non ultra, quam est locupletior factus, hereditatis petitione tenetur. Non igitur invitus ipsa restituet legata per errorem soluta bona fide ante motam controversiam: sed potest defungi, cessa heredi legitimo indebiti condictione: isque ea deinde experietur adversus eos qui ea acceperunt. nec tamen minus sine cessione hic uteretur indebiti condictione, non directa ex regulis juris: (quibus alligatus intelligitur Prætor) sed utili l. 16. §. ult. l. 17. D. de petit. hered. suadente æquitate, ob improvisum casum l. 36. §. 1. D. de testam. milit. sive ob novam & improvisam causam, benignitate Rescripti Principis legibus soluti. Verum id circa inofficiosum & falsum testamentum, aut quia post multum temporis emerferit æs alienum, aliosve subortos casus, egregie observavit Ulpianus d. l. 2. §. 1. & Papinianus l. 3. h. t. nec temere subjectum l. 4. non esse novum, ut quod alius solvit, alius repetat.

Sequens locus est, adversus quem competat indebiti condictio. Modestinus l. 49. D. h. t. quæ est ex lib. 3. Regularum, hanc ponit regulam: *His solis pecunia condicatur quibus quoquo modo soluta est: non quibus proficit.* Sic Modestinus; evidente ratione: quia indebiti condictio nascitur quasi ex negotio gesto l. 33. d. t. sive quasi ex contractu §. 6. Inst. de oblig. que quas. ex contr. nasc. Indebiti enim solutione quasi gestum est negotium inter solventem & accipientem indebitum. datur igitur ex natura obligationis, quasi ex negotio gesto, sive quasi ex contractu

tractu nata, adversus eos solos quibus quoquo modo solutum est, non quibus proficit.

Hoc loco non debui oblivisci, ad quid detur indebiti conditio. Pomponius l. 7. h. t. sic definit: *Quod indebitum per errorem solvitur, aut ipsum, aut tantumdem repetitur.* Pomponius vult, ipsum solutum repeti, si corpus fuerit: tantumdem, si quantitas. & est ratio, quod illud functionem accipit in specie: ista in genere. Cæterum ubi tantumdem dicit Pomponius, eandem quidem indigitat quantitatem: sed ob id non vult, bonitatem negligi: ne æstimationem quidem, si non potest idem vel tantumdem reddi. Ita certe Paulus l. 65. §. 6. h. t. *In frumento*, inquit, *indebitum soluto & bonitas est, & si consumpsit frumentum, pretium repetet.* Venit igitur in indebiti condictionem idem vel tantumdem. & ut ex bono & æquo introducta, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit l. 66. d. t. sic quid mirum est, repetere non modo solutum, sed præterea quicquid ei naturaliter accedit: eo quod ejus fuisset, etiam non esset solutum. eo in numero Paulus l. 65. §. 5. d. t. ponit partus & fructus: & in l. 15. addit quod alluvione accessit: sic ibidem præfatus: *Indebiti soluti conditio naturalis est. & ideo etiam quod rei soluta accessit, venit in condictionem.* An usuræ quoque? ne puta: l. 1. C. h. t. quia sunt civiles accessiones, natura incognitæ: ut demonstravi plene lib. 1. De fœn. & usur.

Ab eodem temperamento procedit; ne is qui indebitum accepit, eo nomine teneatur ultra, quam sit locupletior factus. Huc ducit finis actionis, hoc unum providentis, ne quis cum alterius detrimento fiat locupletior. Ita est: conditio indebiti, nata ex bono & æquo, non damnat reum in solidum ejus quod accepit, sed quatenus habet: modo si dolo careat. alioquin vel de eo teneri, quod non habet, non est iniquum. Paulus l. 65. §. 8. h. t. rem exemplo

illustrat. proponitur servus tibi indebite solutus, a te esse manumissus. Paulus non dubitat esse condictionem, sed quatenus sit, id quærit, sic vero scribit: si sciens manumissisti; teneberis ad pretium ejus, propter dolum: si nesciens; non teneberis ad pretium, quod nullum ad te venit: sed dumtaxat propter operas, si quas promisit tibi libertus, & ut hereditatem ejus restituas. Simile exemplum est in §. 7. d. l. 65. Ego putans, me tibi debere habitationem, tibi permisi habitare in domo mea. intellecto post errore, est mihi jus condicere habitationem, non ipsam: (factum enim infectum fieri non potest) sed ejus æstimationem, quam ait Paulus, non quanti locare potui, sed quanti tu conducturus fuisti. Sunt & alia exempla l. 26. §. 12. d. t. sed ex superioribus facile inventura interpretationem.

Exposui, quando sit indebiti condictioni locus, reliquum est, quando cesset. sit id multis modis, & inter alios, si quid sit solutum ea ex causa ex qua lis inficiando crescit in duplum, sic Veteres tenuisse, testis est Imp. Justinianus §. ult. Inst. D. de oblig. quas ex contract. nasc. idque certissimi juris esse traditum a Diocletiano & Maximiano l. 4. C. h. t. quæ ratione? aliis alia incidit. mihi placet, quod ab Arnoldo Vinnio, & Jano a Costa ad d. §. ult. fuit creditum, simpli soluto de duplo transigi. in transactione autem non est indebiti condictioni locus l. 65. D. h. t. Præter hanc exceptionem est & alia in pœnis. Auctor Ulpianus l. 42. d. t. Pœnæ, inquit, non solent repeti, cum depensæ sunt. & est ratio hæc apud Pomponium l. 19. d. t. Si pœnæ causa ejus, cui debetur, debitor liberatus est, naturalis obligatio manet: & ideo solutum repeti non potest. Tertia exceptio hæc est apud Pomponium l. 51. h. t. Ex quibus causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea si solverimus, repetere non possumus, exemplum l. 33. d. t.

TITULUS VII.

De condictione sine causa.

Ulpianus l. 1. pr. §. 1. & 2. item l. 4. h. t. est, inquit, & hæc species condictionis, si quis sine causa promiserit, vel si solverit quis indebitum. sed & si ob causam promiserit, causa tamen secuta non est, conditio locum habet. igitur si ab initio sine causa promissum est, si fuit causa promittendi quæ finita est, vel secuta non est, dicendum est, condictioni locum fore. Exemplum l. 2. & 3. d. t. alia l. ult. eod. illa non egent interpretatione: hæc expo-

nam infra sub Titulo, *De ritu nuptiarum.* Cæterum potest alicui condici quod vel non ex justa causa ad eum pervenit, vel redit ad non justam causam. Hoc constare ait Ulpianus d. l. 1. §. 3. nec magis opus, moneri, quod dicitur pr. d. l. cum qui promissit sine causa, condicere quantitatem non potest, quam non dedit: sed ipsam obligationem: id est ejus liberationem, & si scriptura intervenit, ejus restitutionem.

LIBER DECIMVS TERTIVS.

TITULUS I.

De condictione furtiva.



CONDICTIO furtiva de qua hic agit Titulus, possit alicui prima facie videri ex delicto proficisci: quando non habet usum nisi re per furtum ablata. nec alio ducit sonus condictionis furtivæ, rem furtivam a fure repetentis, accedit, quod conditio rerum amotarum cui proxima est conditio furtiva, palam dicitur ex delicto nasci l. 21. §. 5.

Noodt Operum Tomus II.

D. de act. rer. amot. Ei tamen qui sic censetur, non assentiar: existimans, utramque jure gentium comparari ex bono & æquo: exemplo cæterarum condictionum, solum agentium: ne quis contra naturalem æquitatem locupletior fiat ex alterius jactura. Hoc sane Marcianus de condictione ex injusta causa, qualis est conditio rerum amotarum, cui furtivam assimilavi, testatur l. 25. d. t. Acceperit igitur

utraque actio ex delicto occasionem : at ex eo proprie non est. evidente argumento, quod Ulpianus l. 10. §. 2. *D. de compensat.* actionem ex maleficio orientem, ut puta ex causa furtiva, distinguit ab actione qua condicatur ex causa furtiva. præterea neutra est pœnalis, neutra famosa. contra utraque tantum rem ablatam domino repetit jure gentium. Atqui condictio furtiva dicitur introducta esse odio furum §. 14. *Inst. de actionib.* Sit ita, sed quid tum postea? nam & exceptio Senatusconsulti Macedoniani (quod observavit V. C. L. Janus a Costa ad d. §. 14.) dicitur in odium fœneratorum dari l. 40 *D. de condict. indebiti*; & præscriptiones contra defides homines, juris sui contemptores opponi solitæ, odiosæ vocantur l. ult. *C. de annali exceptione*: nec idcirco ex maleficio esse, & pro pœnalibus haberi intelliguntur.

Nunc cætera exequar. primum oportet, ut obtineat condictio furtiva, furtum factum esse. cum vero furtum sit, contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei, vel etiam usus, possessio, nislve l. 1. §. 3. *D. de furtis*, facile intelligimus, in condictione furtiva non esse opus, rem esse domino interceptam: sed sufficere, eo invito esse contrectatam lucri proposito. Et est exemplum: si quis usus ea sit, domino invito; sciens, se eam contrectare eo invito. Sic Pomponius l. 16. *D. h. t. Qui*, inquit, *furtum admittit, vel re commodata vel deposita utendo, condictione quoque ex furtiva causa obstringitur.* Pomponius significat, eum qui re commodata vel deposita utitur, puta, dolo malo & invito domino, fraudulosa illa contrectatione furtum admittere; & ideo non tantum actione furti pœnali, sed etiam condictione furtiva, teneri. Dixi, quando sit furtivæ condictioni locus.

Quæris adversus quem competat? id significat Paulus l. 5. *h. t.* confessus, numquam ea condictione alium teneri, quam qui furtum fecit, aut heredem ejus. primum dat eam adversus furem ipsum: & quia manifestum non distinguit a nec manifesto, probabile est, eam dare adversus utrumque. ita clare Ulpianus l. 10 *d. t. Sive*, inquit, *manifestus fur, sive nec manifestus sit, poterit ei condici.* Unum postulat nos meminisse Ulpianus, ita demum manifestum furem condictione teneri: si a domino deprehensa non fuerit ejus possessio. cæterum ait, neminem furum condictione teneri, posteaquam dominus possessionem adprehendit; & ideo Julianum, ut procedat, in fure manifesto tractare de condictione, ita proponere: furem deprehensum aut occidisse, aut fregisse, aut effudisse id quod interceperat. Tenet igitur condictio furtiva qualemcumque furem. An & raptorem? poterat ambigi: quia alius est fur, alius raptor. alter clam aufert per insidias: alter vi manifesta. id discrimen attigit Ulpianus l. 2. §. 24. *D. Vi bonor. rapt.* Plautus quoque *Epidic.* 1. 1. 10. Verba Plauti: *T. Minus jam furtificus sum, quam ante hac. E. quid ita? T. Rapio propalam.* Sed Ulpianus d. l. 10. §. 1. rejecta verborum subtilitate, *Et quoque*, inquit, *qui vi bonorum raptorum tenetur, condici posse*; testatur, ita Julianum lib. 22. Digestorum significare. ac ne quis putet, eo confundi Julianum; quod vi agit raptor, cum fur plerumque agat clam per insidias: nescio, an etiam annotarit, alibi Juliano fuisse causam sic definiendi: quod putaret, eo furem esse non desinere. imo contra, quod raperet propalam, idcirco esse furem improbiorem d. l. 2. §. 10. & l. 14. §. 12. *D. Quod met. caus.* At Paulus d. l. 5. *h. t.* ait, præter furem, etiam heredem, cæterosque ejus successores, condictione tene-

ri. Quid, si furiosi sint aut infantes? Pomponius l. 2. *d. t.* ne hos quidem excipit, cum heredes necessarii extiterunt, quamvis cum eis agi non possit.

Tenetur igitur furtiva condictione non fur tantum; sed ejus heres quoque. Quatenus? in solidum. Qua ratione? videlicet, quia condictio furtiva habet rei persecutionem l. 7. §. 2. *d. t.* Huc intendit hoc Ulpiani l. 9. *d. t. In condictione ex causa furtiva non pro parte qua pervenit, sed in solidum tenemur, dum soli heredes sumus: pro parte autem heres, pro ea parte qua heres est, tenetur.* Vere & clare: etsi huic definitioni moram objicere creditur Paulus l. 6. §. 4. *D. de act. rer. amot.* conjunctus præsertim cum l. ult. *C. eod. tit.* Sed hanc tollam infra d. t.

Interea observandum Paulum, cum in d. l. 5. *h. t.* ait, numquam alium hac condictione teneri, quam qui furtum fecit, sic esse accipiendum, quasi velit, ea teneri solum qui contrectavit, nam is solus fecit furtum: at eum cujus ope consilio furtum factum est, quia ipse non contrectavit, licet furti tenetur ad condictionem furtivam non pertinere; quia ipse non fecit furtum, atque ita Ulpianus d. l. 6. *h. t.* Similiter fuit dubitatum, furto a filiofamilias facto, utri condici possit, filio, an patri? Paulus d. l. 5. ex furtiva, inquit, causa filiofamilias condici potest. recte: fecit enim furtum, atque ex omnibus causis tamquam paterfamilias obligatur; & ob id agi cum eo tamquam cum patrefamilias potest l. 39. *D. de oblig. & act.* De patre ambigas: quia Paulus d. l. 5. nominatim dicit, ex furtiva causa filiofamilias condici posse. & auget difficultatem; quod præfatur, numquam ea condictione alium, quam qui fecit, teneri, aut heredem ejus. pater autem neque furtum fecit, neque filii heres est. Sed quid est? patri non poterit directo condici de peculio: quia pater de peculio quidem tenetur ex contractu filii: sed ex ejus delicto non tenetur: eo quod peculii datione alterum ei permisisse creditur; alterum non æque. Si tamen furto locupletius factum sit filii peculium: placuit, patrem utili actione teneri, non quatenus in peculio est, sed quatenus illud locupletius factum est. ita conjicio ex l. 5. *D. de act. rer. amot.* quæ est Papiniani, loquentis de actione rerum amotarum, rebus a filiafamilias divorcii causa amotis: eo certius, quia utramque actionem hac in parte comparat Ulpianus l. 3. §. 12. *D. de peculio.* & ad eundem modum l. 4. *D. h. t.* ait: *Si servus vel filiusfamilias furtum commiserit, condicendum est domino id quod ad eum pervenit: in residuum noxa servum dominus dedere potest.* Verba prima sunt de servo & filiofamilias: sequentia sunt de servo tantum: de filiofamilias non sunt. Eæ res in *Rationalib.* molesta fuit Antonio Fabro, sed ipse nihil mutandum censeo: animadverto, talia etiam alibi deprehendi; quin nec esse quidem omnino dissimile in d. l. 3. §. 12. Malim igitur in proposito quod de altero dixit Ulpianus, de altero quoque exaudire: excepto, siquid in altero sit speciale: quale est, quod servus ipse judicio conveniri non potest: filiusfamilias potest, & quidē ita; ut, si lis cum eo sit contestata, possit pater, filio condemnato, actione rei judicatæ conveniri, etiam ea ex causa ex qua ab initio conveniri non potuit d. l. 3. §. 11. quare in d. l. 4. de servo additur, *Quod in residuum noxa servum dominus dedere potest.* Non peccavero, si ad hanc partem quæ ad servum spectat, referam hoc Celsi l. 15. *h. t.* *Quod ab alio servus subripuit, ejus nomine liber tenetur: condici autem ei non potest, nisi liber contrectavit.* Pone: servus furtum fecit alii, quam domino. is servus postea manumissus. quæritur, an liber factus

factus teneatur ei cui furtum fecit? Celsus actionem furti poenalem distinguit ab actione rei persecutoria, qualis est condictio furtiva. illa eum teneri ait. hac negat; nisi liber contrectavit. qua causa? Celsus nullam indicat. sed videamus, ne voluerit, condictionem furtivam, quamvis ex furto pendentem, tamen quod est rei persecutoria, non poenalis, in proposito magis imitari actiones ex contractu rem persequentes, quam ex delicto poenales. Ait vero Ulpianus *l. 14. D. de oblig. & act. Servos ex delictis quidem obligari, & si manumittantur, obligatos remanere: ex contractibus autem civiliter quidem non obligari, sed naturaliter & obligari & obligare. denique si servo qui mihi mutuum pecuniam dederat, manumisso solvam, liberor.* Tenes, adversus quos detur condictio furtiva.

Porro accipe, quibus detur. Ulpianus *l. 1. b. t.* dat domino, & soli: quamquam non semper, sed donec suo facto dominium amittat. sic observat *l. 10. §. 1. d. t.* & ponit exemplum: si dominus rem alienaverit. addit §. 3. inde a Celso inferri, si dominus rem furtivam pure legaverit furi heredem non posse ei condicere: idemque esse, si legaverit alii. nimirum, quia dominium in utroque casu facto testatoris, id est, domini, discessit. Hoc plus scribit Paulus *l. 11.* nec legatarium posse condicere. & causatur, condictionem competere ei cui subrepta res est, vel heredi ejus. legatario vero, etsi jam dominus sit, non est subrepta: neque est heres domini cui surrepta est. non igitur ei competit condictio furtiva. Ita est, ut dixi: solus condicit dominus cui est furtum factum, & quamdiu est dominus. alius postea dominus factus, vindicare rem ablatam potest: sed condicere non potest *d. l. 11.* Superioribus convenienter Ulpianus ex Marcello sic definit: Si res mihi subrepta, tua remaneat, condices: sed & si dominium non tuo facto amiseris, æque condices. & est exemplum in rebus extinctis in §. 26. *Inst. de rer. divis.* Hoc in re propria Ulpianus *l. 22. b. t.* quid in re communi? in §. 1. ex eodem Marcello sic infert: In communi igitur re eleganter ait, interesse, utrum tu provocasti communi dividundo iudicio, an provocatus es: ut, si provocasti communi dividundo iudicio, amiseris condictionem; si provocatus es, retineas.

Reliquum est, ad quid spectet condictio furtiva. ostensurus hoc Ulpianus *l. 7. §. 1. b. t.* condictionem furtivam distinguit ab actione furti: dicens, hanc poenam petere legitimam, illam rem ipsam *d. l. 7. §. 2.* Rei autem appellatione etiam fructus comprehendit: nam vel hos in hanc actionem venire ait *l. 8. §. ult. d. t.* exemplo eorum quæ de his & cæteris accessionibus naturalibus dicta sunt sub Titulo, *De condictione causa dat. caus. non sequunt.* Paulus *l. 3. d. t.* addit, si quid præterea intersit agentis, & id venire in condictionem. exemplum Paulo: si servus condicatur, isque heres sit institutus, & periculum subeat dominus hereditatis perdendæ. item, si mortuum hominem condicat, consecuturum ait pretium hereditatis. Venit igitur in hanc actionem res surrepta. quid si sit massa ex argento, ex qua facta sint pocula? movet questionem, quod non pocula sunt surrepta, sed massa. nunc non est massa, sed pocula, id est, aliud, quam quod est surreptum, & peti condictione furtiva solitum. Sed Paulus *l. 13. d. t.* Fulcinium sequutus ait, pocula ex argento surrepto facta condici. & recte: quia non constituunt speciem a massa diversam: quippe cum possint facile ad massam, id est, ad veterem & rudem materiam, reduci *l. 7. §. 7. D. de*

adq. rer. domin. Igitur quod dictum, rem subreptam furi condici, procul dubio obtinet, quamdiu extat: tamdiu enim dari potest. quid, si perierit? jam non potest dari: sed non idcirco fur condictione liberatus esse intelligitur: contra tenetur ad ejus æstimationem; necessitate jus faciente, ubi non licet facere aliter. quid hæremus? & alias, si quæ res debita perierit post moram, personæ interpellatione admitti solitam *l. 32. D. de usur.* obligatio perpetuatur, resque peti potest *l. 91. §. 4. & 6. D. de verb. oblig.* Sed in fure præceptum est, quod etiam non interpellatus in mora est: qui ne attingere quidem rem alienam, nedum retinere debuit, invito domino. an igitur miramur, furem, re perempta, quod ipsam dare nequit, ad æstimationem obligari? *l. 8. l. ult. D. b. t.* Hac ratione, ne fuerit quidem labor, ut inveniatur ea æstimatio, quodnam considerandum præsertim sit tempus. placet enim, quod Ulpianus *d. l. 8. §. 8.* ait, id spectari quo res unquam plurimi fuit, additque hoc, vel inde intelligi, quod fur deteriore rem factam dando non liberatur: eo quod semper moram facere videtur. Exempla duo adfert Paulus *l. 13. b. t.* prius est, quod in condictione poculorum quæ sint facta ex surrepta massa, etiam sit cœlaturæ æstimatio. alterum est: quod si infans surreptus adoleverit, æstimatio sit adolescentis, quamvis cura & sumptibus furis creverit.

Spero, neque inutilem, neque tardio, futuram orationem monentis, quod de periculo suis dixi, ubi perit res furtiva, non sine temperamento accipi oportere. quemadmodum enim periculum fuit consequens moræ quam fur semper facere intelligitur: ita rationis est, aliter recipi, purgata mora. & postea nulla. adferuntur autem sub hoc Titulo modi duo purgandæ moræ: oblatio rei furtivæ, & novatio. oblatio est rei præsentis: sola enim præsens offerri potest: absens non potest *l. 72. §. 3. D. de solut.* ea oblatio aut nuda est aut solemnis. nuda sit adhibitis testibus, non secuta obsignatione & depositione. talis oblatio moram purgat, condictionem non tollit: utique, quamdiu res extat: at extincta, tollit. videlicet, quia mora purgata, periculum definit esse furis; & deinceps sit domini: cujus foret, non facto furto, id est, mora ab initio non admissa. solemnis oblatio est, quam secuta sit obsignatio & depositio. ejus major vis est, quam nudæ: cedit enim (ut intelligitur ex *l. 9. C. de solut. & l. 19. C. de usuris*) pro solutione: ejusque exemplo tam extante re furtiva, quam perempta condictionem tollit: quia perinde habetur, ac si res furtiva domino esset restituta. Demonstrata sic natura utriusque oblationis, & nudæ & solemnis: ultro liquet, quid velit hoc Ulpiani *l. 8. D. b. t.* In re furtiva condictio ipsorum corporum competit: sed utrum tamdiu, quamdiu extant; an vero & si deserint esse in rebus humanis? Et si quidem obtulit fur, sine dubio nulla erit condictio, si non obtulit, durat condictio æstimationis ejus: corpus enim ipsum præstari non potest. Sic Ulpianus, ad eundemque modum potest accipi, quod de oblatione dictum a Papiniano *l. 17. b. t.* Alter modus purgandæ moræ est novatio: sive simplice stipulatione fiat inter easdem personas: sive interveniente delegatione inter diversas. utriusque meminit Papinianus *d. l. 17.* verissime arbitratus, neutram re præsentem egere: quia hoc casu, quamvis res absit, non potest mora ex furto eveniens superesse, furti obligatione in aliam interveniente novatione translata.

Igitur purgatur a fure mora oblatione rei, aut novatione. An etiam, si parato fure condictionem excipere, per me steterit rem condicere: cum

esset in rebus humanis, & postea sit perempta? Tryphoninus *l. ult. h. t.* negat; testatus, Veteres voluisse, jam condictionem durare. atqui aliter placuit in cæteris debitoribus. Demus: iuste ad iudicium provocantibus *l. 24. D. de usuris*. At de fure dici hoc qui potest? nam ejus numquam iusta causa est. imo contra Tryphoninus, videtur, inquit, fur qui primo invito domino rem contrectaverit, semper in restituenda ea quam nec debuit auferre, moram facere.

Exposito usu condictionis furtivæ, deinceps an necessaria sit, videamus. Eam litem finit Justinianus §. 14. *Inst. de actionibus* verbis sequentibus: *Plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, effectum est: ut extra pœnam dupli aut quadrupli, rei recipiende nomine, fures etiam hac actione teneantur. Si apparet, eos dare oportere, quamvis sit adversus eos etiam hac in rem actio per quam rem suam quis esse petit.* Justinianus significat, condictionem furtivam esse inventam idcirco, quod odium furum postularet, eos (addo, alios eis similes *l. 1. §. 1. l. 2. D. de condict. tritic.*) gravius teneri, quam vulgares malæ fidei possessores, vindicatione quidem adstrictos ad restitutionem rei, si eam possideant, aut alioquin fecerint dolo malo, quo minus possideant; at condictio furtiva indistincte datur adversus furem, etsi rem furtivam non possideat, nec dolo malo fe-

cerit, quo minus possideat §. *ult. Inst. de oblig. que ex delict. nasc.* imo, ut vidimus, tenetur etiam, cum eam amisit casu fortuito: qui in rei vindicationem non venit; ut apparet ex *l. 16. D. de rei vindic. §. 1. 40. D. de petit. hered.* Indicavi, quo sensu dicatur, odio furum placuisse, eos, præter actionem furti & rei vindicationem, etiam condictione furtiva adstringi, & quidem magis, id est, gravius, quam rei vindicatione. Adhuc laetetur, qua ratione fur dicatur ad dandum condictione furtiva conveniri: cum soli concedatur domino; ejusque quod est jam ejus, amplius dominus fieri nequeat. Aliis aliud sedet; mihi probabile est, hanc actionis formulam non procedere a vero: sed Veteres, ut multa alia colore aliquo induxerunt, ita in proposito voluisse sub isto colore periculum rei furtivæ, si quo fortuito casu pereat, reo eidemque furi, tamquam domino, nocere potius, quam actori, ad quem alioquin jure domini rei interitus pertineret ex regulis juris.

Præter certi condictionem ex causa furtiva domino adversus furem accommodari solitam, est alia quæ incerti vocatur; & competit ei cujus non dominium fuit, sed possessio. Observatum exemplum ab Ulpiano *l. 12. §. 2. D. h. t. in creditore pignoratitio* his verbis: *Neratus libris membranarum Aristonem existimasse refert, eum cui pignori res data sit, incerti condictione acturum, si ea subrepta est.*

T I T U L U S I I.

De condictione ex lege.

Ex ordine sequitur condictio ex lege, ipsa multi in jure usus. de hac ita Paulus *l. unic. Si obligatio lege nova introducta sit, nec tantum eadem lege, quo genere actionis experiamur, ex lege agendum est.* Paulus novam appellat legem, quæ sit lata post Legem Duodecim Tabularum: quæ sæpe vetus, sive antiqua, appellatur. Igitur inventa tali nova Lege obligatione, nec prodito ea nomine actionis, ejus executionem procuraturæ: placuit, Jureconsultis, in Fori Disputatione de ea deliberantibus *l. 2. §. 6. D. de orig. jur.* ex lege condictionem concedere. Extant complura exempla: sed defungar uno aut altero. tale adfert Ulpianus *l. 27. §. ult. D. Ad Leg. Jul. de adult.* ex capite nono Legis Juliæ de adulteriis: sic loquens. Si servus adulterii accusetur, & accusator quæstionem in eo haberi velit, duplum pretium domino præstari Lex jubet: at hic simplum. Qua actione? Lex nullam nominat. tantum indicat debiti obligationem. at Martianus *l. 28. sequente*, Quod, inquit, ex his causis debetur, per condictionem quæ ex Lege descendit, petitur. Aliud exemplum in *l. 1. C. h. t.* Proponitur ibi Fisci debitor ex primipilo, id est, ex causa primipilari. est autem hic primipilus,

annonæ militaris: alias dicitur pastus primipili. annotavit hoc Jacobus Gothofredus ad *l. 6. Cod. Theod. De cohortalib.* & ante Jacobus Cujacius ad *l. 3. C. eod. tit.* Qui eam annonam curabat, dicebatur fisco teneri ex primipilo, sive ex causa primipilari: & ut intererat fisci, hanc diligenter atque ex fide administrari: sic erant multa fisci privilegia. inter cætera est hoc in præsentem; ut si solvendo ex primipilari causa non sit ejus debitor, & habeat debitorem ex causa scænebri in diem certum, hic ab illo conveniri possit, ut debitum repræsentet ante definitum tempus: etsi id sit contra juris formam. Sed Imperatores, arbitrari, publicam utilitatem privata esse potiore, neglecto jure solemnî in honorem fisci, & ipsi & ejus debitori illum in finem indulgere ex lege condictionem. Est & aliud exemplum in *l. 65. D. Solut. matrim.* ad quam more suo erudite D. Cujacius *lib. 2. Observ. c. 34.* Novo etiam jure Imp. Justinianus confirmavit donationem nudo pacto perfectam, ex eoq; obligationem nasci jussit *l. 35. §. 5. C. de donat.* actionis tamen nomen nullum prodidit, servanda igitur illa donatio condictione ex lege. quam etiam ipse deinde posuit Justinianus *Novell. 161. c. 1. §. 1.*

T I T U L U S I I I.

De condictione triticiaria.

Ad hunc Titulum qui est *De condictione triticiaria*, nullam adferam interpretationem: non adsuetus alios docere quod ipse non intelligo. memoria teneo omnia, de hac condictione tradita a Tituli hujus Interpretibus: sed expensis omnibus diligenter, adeo nihil probare, mihi permisi: ut contra sæpe sim miratus, tam secure tractari actionem: cujus nemo non modo usum, at nec nomen, ad probabile explicando adduxit. tantum abest, ut quisquam utrumque aut alterum sit ex solido conse-

quutus. Dixi, meo more, quod sentio, ingenue. nec offenderet verecundia abstinentis exemplo publice noxio: utique non effecturo aliud; nisi ut hic & alibi incognita pro cognitis jactentur. urinam alii similiter profiterentur, se de natura & ratione hujus actionis nihil habere compertum bona fide! posset fortasse sic sperari, fore; ut eruditiores de obscuritate rei admoniti, cogitarent deinceps de quaerenda via nova, qua aliquando liceret eam in clara luce conspiciere.

TITULUS IV.

De eo quod certo loco dari oportet.

Titulus, *De eo quod certo loco dari oportet*, indicat nomen actionis a Veteribus hoc loco explicatæ; constatque primis Edicti verbis, quo proposita illa actio fuit: ideoque Edicto optima fide restituitur. Præter hoc conjicio ex *l. 2. §. 1. D. h. t.* factam in Edicto fuisse mentionem *stipulationis*, certo loco dari. Non minus persuasus sum disputatione *§. 8. d. l.* Prætores, si ex ea stipulatione alio loco agatur, facta commemoratione ejus, quo debetur, esse pollicitum actionem, *quanti eares erit*. Postremo est mihi documento, Prætores meminisse *arbitrii Judicis*, quod hæc actio *d. l. 2.* & alibi vocatur *arbitraria*. His argumentis venit mihi in mentem, Edicti formam in hunc modum confingere: *De eo quod certo loco dari oportet ex stipulatu, si alio petatur, facta mentione ejus quo debetur: actionem dabo; ut quanti eares erit, tanti arbitrio Judicis æstimetur*. Hæc summa Edicti, complexi actionem necessariam stipulato, Ephesi, verbi gratia, decem dari. habebat enim is jus Ephesi agere actione directa ex stipulatu; alibi agere jus non habebat; plus petiturus loco; eoque litem amissurus, non institutam ita, ut eam ex lege stipulationis institui oportebat. illo sane sic intendente, Ajo, te mihi Romæ decem dare oportere ex stipulatu: Prætor Judicis sequentem præscribebat formulam: Si paret, reum decem Romæ dare oportere ex stipulatu, condemna. Sic vero ordinato judicio, una erat Judicis notio, an reum Romæ decem ex stipulatu dare oporteret, quod si non paret; nil ei restabat, nisi reum absolvere; etsi paret, Ephesi deberi, videlicet, quod non jusserrat Prætor judicari, an Ephesi, sed an Romæ deberetur, a formula autem Prætoris Judicis recedere in judicio stricti juris non licebat. Interim sileri non oportet, natam ex illo rigore fuisse difficultatem plane inexplicabilem. ea difficultas erat: quod si promissor numquam veniret Ephesum, sive quod noller, sive quod non posset, vel morbo impeditus, vel negotiis distractus; numquam posset ad suum venire stipulator: inani actione, alio loco non habitura usum. Æquum erat, fa-teor, promissorem tali in casu alibi, quam Ephesi conveniri. At hæc non de æquo, sed de jure, quaestio est: & commode Celsus, quidquid, inquit, adstringendæ obligationis est, id nisi palam verbis exprimat, omissum intelligendum est *l. 99. D. de verb. oblig.* Igitur in re necessaria subvenit Prætor: concessa stipulatori actione utili *l. 1. D. h. t.* per quam permittebat Judicis arbitrio, æstimare, quanti rei aut actoris interesset, potius Ephesi, quam Romæ, solvi *l. 2. d. t.* Nec tamen Prætor vel sic agi permittebat, nisi facta mentione loci in quo promissa erat solutio ea enim omissa, si pure ageret stipulator; illi Prætor alio loco non indulgebat actionem utilem sive arbitrariam, loci utilitatem reo auferenti *§. 33. Inst. de actionib.*

Obtinet igitur hæc utilis sive arbitraria actio in contractibus stricti juris: qualem in Edicto esse stipulationem, Ephesi decem dari, certus auctor est Ulpianus *l. 2. §. 1. D. h. t.* An etiam in judiciis bonæ fidei? De his nihil adjecit Prætor. & fuerit argumento hoc Pauli *l. 7. pr. §. 1. d. t.* *In bonæ fidei judiciis etiamsi in contrahendo convenit, ut certo loco quid præstetur, ex empto vel vendito vel depositi actio competit, non arbitraria actio. Si tamen certo loco tra-*

diturum se quis stipulatus sit, hac actione utendum erit. Florentiæ sic extat: aliter editur apud Accursium & Haloandrum. sed sana est Florentina lectio: ut bene observavit Russardus. Secundum hanc negat Paulus, in bonæ fidei contractibus pacto convento aliquid certo loco præstari, actionem utilem sive arbitrariam ex hoc Edicto competere, contra vult, eam esse supervacua: in actione bonæ fidei, qualis est empti vel venditi vel depositi, clausula Ex fide bona formulæ inseri solita, amplissimam Judicis permittente facultatem æstimandi, quemadmodum actori & reo ex æquo & bono satisfieri debeat. Nec erraverit, quisquis dicat, actionem arbitrariam, exemplo actionis exceptionisque doli mali, judiciis bonæ fidei inesse, ibique officio Judicis contineri, nec desiderare Prætoris indulgentiam, quamvis in actionibus stricti juris necessariam. Illud quale, quod in *§. 1. d. l. 7.* addit Paulus: *Si tamen certo loco traditurum se quis stipulatus sit, hac actione utendum erit.* Lucem faciet intellectus verbi, *stipulatus*, non active, sed passive, accipiendi: ut apud Ulpianum in *l. 26. §. 13. D. de conduct. in deb.* & a Suetonio fuisse usurpatum, testis est Priscianus *lib. 8.* his verbis: *Suetonius passive protulit (stipulari) in 4. Prætorum: Latoria qua vetat minorem annis 25. stipulari, περιτρεῖσθαι*. Ita fuerit Pauli sensus: Etsi in bonæ fidei contractu, quo conveniret, quid præstari certo loco, supervacua sit arbitraria actio, sufficiente actione bonæ fidei: tamen si venditor, verbi gratia, novandi animo stipulatus sit, id est, promiserit, se rem venditam certo loco traditurum; deinde est stipulatio facta ex causa emptio-nis & venditionis, ac si venditor non accedat ad locum placitum, utendum est hac actione, id est, arbitraria: quia non est jam emptio & venditio, sed stipulatio: ex qua sine commemoratione loci in contrahendo adjecti, actio alibi institui non potest.

Non igitur obtinet arbitraria actio in bonæ fidei contractibus: sed in contractibus stricti juris: non tamen in omnibus, sed in stipulatione. nam de una illa loquutum fuisse Prætores in Edicti restitutione in antecessum monui ex *l. 2. §. 1. D. h. t.* Ceterum non hoc fine stetit diligentia, latius porrecta a Veteribus interpretatione. Nec dubito: quin ab hac causa placeat Paulo *l. 5. d. t.* si heres a testatore jussus sit, quid dare certo loco, etiam arbitrariam actionem, id est, utilem ex testamento, competere. Nec aliud fuit consilium Pomponio *l. 6. eod. tit.* si mutua pecunia sic data fuerit; ut certo loco reddatur. De pecunia quoque constituta disputans Ulpianus *l. 16. §. 1. D. de constit. pecun.* Certo loco, inquit, *Et tempore constituere quis potest, nec solum eo loci petere, ubi ei constitutum est, sed exemplo arbitraria actionis ubique potest.* Hæc verba apposui, ut ea juvenem paucis: parum enim coherent: nisi putetur Ulpianus, *Constituere quis potest*, dixisse pro potest facere, ut constituatur: quomodo punire pro facere, ut puniatur, & damnare pro facere, ut damnetur, alibi usurpari, annotavi supra sub Titulo, *De receptis*. Quidquid est: illud liquet, Jurisconsultos arbitrariam actionem non magis in stipulatione, quam in aliis stricti juris contractibus, admisisse. Qui potuerit silente Edicto? opinor, eos movisse; quod eadem fuit utilitas proponendæ arbitrariæ actionis in om-

nibus stricti juris contractibus; si convenerit, quid dari certo loco. nec est verisimile, Prætorē pro sua sapientia voluisse, eam in una valere specie, in aliis noluisse, quantumvis pari omnium causa. receptum igitur est ex Prætoris mente: ut quemadmodum in stipulatione, ita in cæteris stricti juris contractibus, solutione certo loco promissa, ubique agi possit. Nec metuam huc ex *d. l. 16. § 1.* transferre hoc Ulpiani, *Exemplo arbitraria actionis ubique possit.* quid enim denunciat, nisi quod constitutori in proposita ibi specie licet ubique agere ad similitudinem, sive ex mente Edicti, quo promissa a Prætorē fuit arbitraria actio. quomodo idem Ulpianus *l. 28. § 5. D. Ex quib. caus. major.* ait, *Exemplo rescissoria actionis etiam exceptio et qui reipublica causa absuit, competit.* Sensus Ulpiani, (a me demonstratus sub Titulo, *Ex quib. causis majores*) est, Ex Edicti verbis tantum competere actionem rescissoriam; sed exceptionem nihilominus ex Edicti sententia obtinere. De eo deliberemus; an quis putans, se debere loco certo, si indebitum solvit, idemque sit repetiturus, indigeat utili condictione, exemplo Edicti. Poterat alicui videri deinceps: quod indebiti solutio quasi mutuum est *l. 5. § 3. D. de oblig. & act.* Sed Paulus *l. 27. D. de condict. indeb.* sic scribit: *Qui loco certo debere existimans, indebitum solvit, quolibet loco repetet: non enim existimationem solventis eadem species repetitionis sequitur.* Obscurior est Pauli sermo: sed designat, eum qui existimans se debere loco certo, indebitum solvit, & mox repetit, non egere utili condictione: sed directā posse repetere quolibet loco; eo quod existimatio solventis non cohæret ejus repetitioni. & esse argumento: quod ut maxime putaret, se, cum solvit, debere certo loco; proinde non convenit, ut eodem repeteret loco, quo solvit; nec est causa aut necessitas actionis arbitrariæ. contra potest in proposito pecunia indebite soluta sine commemoratione loci in quo soluta sit, repeti quolibet loco.

Liceret mihi jam hinc discedere: nisi coarctanda essent proxima Pauli verba, *quolibet loco*, ultra ejus mentem, ultraque juris formam prima facie egredientia, sane servantibus dicta de foro competente supra sub Titulo, *De judiciis*: probabile est, putantem, se debere certo loco, non cogi, a se solum repetere in loco solutionis sed habere jus, eo nomine agere in loco domicilii ejus qui indebitum accepit. sicutique cavetur; ne contra juris formam, quod noluit Paulus, in infinitum excurrat locus quilibet. erit vero sensus, eam repetitionem posse fieri in loco quolibet, ubi alioquin esset conveniendus qui indebitum accepit: qualis locus est domicilii particularis aut communis.

Sit ita in *d. l. 27.* in qua est actio stricti juris, sed quid dicemus de *l. 16. § 1. D. de constit. pecun.* in qua arbitrariam esse, paulo ante demonstratum est. & tamen illa dicit Ulpianus, pecuniam certo loco constitutam non solum peti eo loci, sed ubique posse. Siccine? primum foret perabsurdum, locum aut constituto aut stipulationi adjici coarctandi fori gratia; idemque adjecto loco fieri laxius, quam eo non adjecto esset futurum. Deinde non mutavit hoc Prætor, proposita arbitraria actione: non alio ejus fine, quam ne directā actio, propter adjectum locum, intercideret: promissore ad eum non accedente. Ita putemus, stipulatorem inventa actione arbitraria, tantum in eum reduci statum; in quo, ommissa loci adjectione, fuisset. quo casu promissorem in loco domicilii conveniri debuisse, inter omnes constat. Verum quid hæremus? investigantes Ul-

piani mentem an meliore utamur duce, quam Ulpiano? atqui ille in *l. 19. § ult. D. de judic.* sic scribit: *Sciendum est, eum qui ita fuit obligatus, ut in Italia solveret, si in provincia habet domicilium, utrobique posse conveniri & hic & ibi.* Durior tamen est Ulpiani locutio. Non nego: sed duriorē malo, quam falsam aut stultam: cum præsertim ea durities molliatur & forma juris, & mente contrahentium, & testimonio Ulpiani, & plane simili locutione Pauli de stricti juris actione in *d. l. 27. D. de condict. indeb.*

Addamne, Papiniani *l. 43. D. de judic.* addamne, cum in hac aliud præterea habeam notare. Verba Papiniani: *Eum qui insulam Capuæ (fieri) certo tempore stipulatus est, eo finito*, quocumque loco agere posse in id quod interest, constat. Ut intelligatur Papiniani scopus, obiter repetam, arbitrariam actionem in Edicto proponi ex stipulatione Ephesi dari, verbi gratia, decem. Inde hæsitatum mea opinione fuit in Fori disputatione, ubi agere debeat stipulatus insulam Capuæ fieri, finito tempore; id est, post moram promissoris. Nihil de hac specie Prætor, ait vero Papinianus, constare, (puta, in Fori disputatione inter Jurisconsultos) eum qui insulam Capuæ fieri stipulatus sit, non habere opus actione utili ex stipulatu, seu arbitraria: sed posse actione directā ex stipulatu quæ est stricti juris, agere (ut in omnibus faciendi obligationibus) ad id quod interest, quocumque loco: in quo scilicet conveniendus promissor foret, non adjecta Capuæ mentione. Sic placuit omnibus; & probavit Papinianus: si præsertim quis insulam fieri stipuleretur Capuæ, id est, adjecto loco certo: estque observanda hæc adjectio. nam si quis insulam fieri stipuleretur, non appposito loco: negat Ulpianus, stipulationem valere *l. 2. § 3. D. h. t.* idemque Marcello visum *l. 95. D. de verb. oblig.*

Venit igitur arbitraria actio in Edicto ex illa stipulatione, Ephesi decem dari: ut dixi ex Ulpiano *d. l. 2. § 1.* Quid, si quis sit alternative, stipulatus, Ephesi aut Capuæ dari; vel Ephesi decem dari, vel Capuæ hominem. an vel hic locus est arbitrariæ actioni ex hoc Edicto: adeoque ex stipulatu licet experiri detracto altero loco. Hæc quaestio occurrit apud Ulpianum in *d. l. 2.* sed quia ex parte in § 2, ex parte in § 3. quisquis adunaverit spiritum utriusque loci, quo uterque olim cohæsit: næ ille serviet indagaturo Ulpiani sensum. me non pigebit Ulpiani verba hoc modo adscribere, delecto signo § 3. *Si quis Ephesi decem, aut Capuæ hominem dari stipulatus experiat, non debet detracto altero loco experiri: ne auferat loci utilitatem reo.* Scavola lib. 15. *Questionum aut, non utique ea qua tacite insunt stipulationibus, semper in rei esse potestate: sed quid debeat, esse in ejus arbitrio; an debeat, non esse.* Et ideo cum quis Stichum aut Pamphilum promittit, eligere posse, quod solvat, quamdiu ambo vivunt: ceterum ubi alter decessit, extinguere ejus electionem; ne sit in arbitrio ejus, an debeat, dum non vult vivum prestare, quem solum habet. Quare & in proposito eum, qui promissit Ephesi aut Capuæ, si fuerit in ipsius arbitrio, ubi ab eo petatur, conveniri non potuisse: semper enim alium locum electurum; sic evenire, ut sit in ipsius arbitrio, an debeat. quare putat posse ab eo peti altero loco & sine loci adjectione. Damus igitur actori electionem petitionis. Et generaliter definit Scavola, petitorē electionem habere, ubi petat: reum, ubi solvat: scilicet ante petitionem. Proinde mixta (inquit) rerum alternatio locorum alternationi, ex necessitate facit actoris electionem, & in rem propter locum: alioquin tollis et actionem,

nem, dum vis reservare reo optionem Summa disputationis Ulpiani est, hunc tractatum non pertinere ad hoc Edictum; ideoque non ex eo, sed ex ratione & natura perfectarum obligationum, definitionem sortiri oportere. age disputationem examinemus. prima verba sunt: *Si quis Ephesi decem aut Capuæ hominem dari stipulatus experiat, non debet detracto altero loco experiri: ne auferat loci utilitatem reo.* Ulpianus hic, quantum conjicio, ponit sententiam Veterum quorundam; existimantium, stipulanti Ephesi decem, aut Capuæ hominem dari, non esse jus, actione arbitraria experiri, detracto altero loco, sed debere agere alternative, secundum formam stipulationis: hac allata causa, quod in alternantibus promissionibus solet tacite agi; ut promissoris sit electio *l. 10. §. ult. D. de jur. dot. l. 95. D. de solut.* eamque utilitatem ei actione hac arbitraria auferri non oportere. sed hanc sententiam non probat Ulpianus. contra is, intellecto ex Scævola, talem causam aliquando fallere, negat hanc valere ad præmunitionem ejus sententiæ: præsertim juris necessitate ejusmodi subtilitatem palam infringente. quo argumento? ait, hanc retinentibus, pendere a voluntate promissoris, an debeat: contra naturam obligationis quæ permittit quidem debitoris arbitrio, quid debeat; sed non æque, an debeat: ipsa nulla futura, nisi habeat necessitatem adstringendi debitoris *l. 8. D. de oblig. & act. l. 17. D. de verb. oblig.* Sic Ulpianus, & ut dixi edoctus a Scævola. Verba Ulpiani: *Scævola lib. 15. Questionum ait, non utique ea quæ tacite insunt stipulationibus, semper in rei esse potestate; sed quid debeat, esse in ejus arbitrio; an debeat, non esse.* Atque hoc quo certius sit, deinde hujusmodi confirmat exemplo: *Et ideo eum qui* (sic recte legit Antonius Augustinus *lib. 1. Emend. c. 9.*) *Sitichum aut Pamphitum promittit, eligere posse, quid solvat, quamdiu ambo vivunt: ceterum ubi alter decessit, extingui ejus electionem.* Quamobrem? quia summa ratio retinendæ obligationis, hoc juris subtilitati manifeste extorquet. Eam rationem accipe ex his verbis: *Nesit in ejus arbitrio, an debeat: dum non vult vivum præstare quem solum debet.* Sic vides exemplum, & ratione atque firmatum. inde mox sic ab Ulpiano inferri ad præsentem casum: *Quare & in proposito eum qui promissit Ephesi aut Capuæ, si fuerit in ipsius arbitrio, ubi ab eo petatur, conveniri non potuisse: semper enim alium locum electurum.* Esto: quid postea? ait, *Sic evenire* (id est, sic eventurum) *ut sit in ipsius arbitrio, an debeat.* Quod cum refutet vis & ratio obligationis, ad effectum, ut dixi, respicientis: porro sic de Scævola Ulpianus: *Quare putat posse ab eo peti altero loco & sine loci adiectione:* id est, actione directâ, non arbitraria. Ipse autem Ulpianus, *Damus igitur, inquit, actori electionem petitionis, id est, jus alibi petendi pure, simpliciter, non adjecta loci mentione: quasi necessitas in proposito actori faciat jus agendi alio loco, ubi non liceat facere aliter.* Sæpe sic Veteres, & recte, necessitatem subtilitati præferentes. estque, exemplum consimile petere a Marcello *l. 59. §. 1. D. de jur. dot.* nec dubito, quin in præsentia tale indiget Ulpianus, sic tandem concludens secundum Scævolam: *Et generaliter definit Scævola, petitorum electionem habere, ubi petat: reum, ubi solvat: scilicet ante petitionem. proinde mixta* (inquit) *rerum alternatio locorum alternationi, ex necessitate facit actoris electionem, & in rem propter locum: alioquin tollis ei actionem, dum vis reservare reo optionem.*

A §. 2. & 3. d. l. 2. proximus est transitus ad §. 4. verba hæc sunt: *Si quis ita stipulatur, Ephesi & Ca-*

pua, hoc ait, ut Ephesi partem & Capuæ partem petat. Florentiæ sic legitur, *hoc ait, malo, hoc agit:* ut est in aliis libris. sensus: Qui ita stipulatur, Ephesi & Capuæ dabis, ejus propositum est; ut Ephesi petat partem unam, & Capuæ alteram. & quidem, si Ephesi petat unam; hanc recte petet actione directâ: sed si utramque illa petet Ephesi; non recte petet: peccaturus contra legem stipulationis; dum utilitatem loci promissori aufert respectu partis quam Capuæ solvi oportet. petet igitur, si sapit, alteram Ephesi actione directâ, alteram arbitraria. Hoc ita, si quis sit stipulatus decem Ephesi & Capuæ dari: sed non æque, si hominem Ephesi & Capuæ dari stipuletur. & est ratio differentia: quod quantitate in stipulationem deducta, in ea est res dividua; cujus promissio facile habet exitum, at re individua, homine, verbi gratia, in eam veniente, exitum non habet. non igitur subsistit talis stipulatio: nam si stipulor, ut fiat quod natura fieri non concedit: non magis obligatio consistit, quam cum stipulor, ut detur quod dari non potest *l. 35. D. de verb. oblig.*

Nescio, an ab eadem causa in d. l. 2. §. 6. porro sic scribat Ulpianus: *Qui ita stipulatur, Ephesi decem dari, si ante diem, quam Ephesum pervenire possit, agat* (actione videlicet arbitraria de eo quod certo loco) *perperam ante diem agi.* Ulpianus hanc rationem petit a Juliano: *quia & Julianus putat, diem tacite huic stipulationi inesse.* Eam Juliani rationem adeo probat Ulpianus; ut deinde sic ultra subjiciat: *Quare verum puto, quod Julianus ait; eum qui Romæ stipulatur, hodie Carthagini dabis, inutiliter stipulari.* Sic censeo, & favet Papinianus *l. 49. §. 2. D. de fidejussorib.*

Subveni Ulpiano in plerisque articulis d. l. 2. h. t. nec destituam in §. 7. verba talia sunt: *Idem Julianus tractat; an is qui Ephesi sibi aut Titio dari stipulatus est, si alibi Titio solvatur, nihilominus possit intendere, sibi dari oportere: Et Julianus scribit, liberationem non contigisse: atque ideo posse peti quod interest.* Marcellus autem & alias tractat, & apud Julianum notat, posse dici, & si mihi alibi solvatur, liberationem contigisse: quamvis invitatus accipere non cogar. plane, si non contigit liberatio, dicendum ait, superesse petitionem integram summam; quemadmodum si quis insulam alibi fecisset, quam ubi promiserat, in nihilum liberaretur. Sed mihi videtur summa solutio distare a fabrica insule: & ideo quod interest, solum petendum. Ecce; Sempronius Ephesi sibi aut Titio dari stipulatus est. ex ea stipulatione debetur Sempronio; nam ei acquisita est obligatio & actio. Titio nihil debetur: quia est tantum adjectus solutionis gratia. ita non potest Titius petere: sed potest ei solvi, etiam invito creditore: si præsertim ei solvatur ex lege stipulationis. id vero in proposito non est factum; convenerat enim, ut ei solveretur Ephesi. quo casu ipso jure esset sublata ex stipulatu actio. at hic alibi facta est solutio. putat igitur Julianus, ipso jure perseverare utilem ex stipulatu actionem; etsi possit tolli per exceptionem: ideoque non esse causam; ne petatur id quod interest, Ephesi solutum esse: nec obstare, quod summa stipulatione promissa, cum effectu peti nequeat: quia utique, actione ipsa subsistente, subsistit officium Judicis: facturi æstimationem ejus quod interest. Hoc Juliano visum. An & Marcello? negat Ulpianus verbis sequentibus: *Marcellus autem & alias tractat, & apud Julianum notat, posse dici, & si mihi alibi solvatur, liberationem contigisse, quamvis invitatus accipere non cogar.* Obicura sunt verba: sed videamus; ne indigent, Julianum a Marcello notari, id est, reprehendi; ejus-

eiusque reprehensionis esse sensum, debitorem quidem Sempronio creditori ipsi volenti solventem alibi, quam ubi debuit, a Sempronio liberari: sed Titio solventem alibi quam debet, a Sempronio non liberari, neque ipso jure, neque ope exceptionis: non facta solutione ex lege stipulationis, quare inde infert Marcellus: *Plane si non contingit liberatio, superesse petitionem integræ summæ.* Sensus: Si solutione Titio alibi facta, non contigit debitori liberatio: superest petitio integræ summæ, hoc est, non tantum ejus quod interest officio Judicis, sed præterea ipsius summæ, stipulatione promissæ. Et hoc confirmat sequente similitudine: *Quemadmodum si quis insulam alibi fecisset, quam ubi promississet, in nihilum liberaretur.* Tenes sensum Notæ Marcelli ad Julianum, sed hanc refutat Ulpianus hisce verbis: *Sed mihi videtur summæ solutio distare a fabrica insulæ; & ideo quod interest solum petendum.*

Vidimus, quando Prætor locum faciat arbitrariæ actioni. nunc est de officio Judicis hujus actionis loquendum. id in Edicto his expressi verbis: *Actio- nem dabo, ut quanti ea res erit, tanti arbitrio Judicis æstimetur.* Et dedi argumentum: quod hæc actio in l. 2. & passim vocatur *arbitraria*. addidi, quod ex verbis, *Quanti ea res erit*, Ulpianus in d. l. 2. §. 8. arripuit occasionem quærendi, debeatne Judex servare quantitatem contractus, an vel excedere, vel minuere, quantitatem debeat. non respondet quidem Ulpianus, quantum apparet, ad quæstionem: sed, quod est frequens Veteribus, responsionem quæstione ipsa complectitur. vult igitur; ut si interfuisset rei, potius Ephesiolvere, quam eo loci quo conveniebatur, ratio ejus haberetur; licet alioquin servientibus proprietati formulæ, hac vera rei æstimatio continetur l. 179. & l. 193. D. de verb. signif. Cæterum ait Gajus l. 3. D. h. t. hanc actionem ideo referri in arbitrium Judicis: quia scimus, quam varia sint pretia rerum per singulas civitates regionesque: maxime vini, olei, frumenti. pecuniarum quoque licet videatur una & eadem potestas ubique esse, tamen aliis locis facilius & levibus usuris inveniuntur, aliis difficilius & gravibus usuris. Prospexit igitur Prætor, ne reo interciperetur loci utilitas: actori Prætor non prospexit, quatenus attinet ad Edicti verba: eodemque modo etiam de reo solo loquitur Imperator §. 33. Inst. de actionib. Ulpianus tamen l. 2. D. h. t. testatur, arbitrariam actionem continere utriusque utilitatem, tam actoris, quam rei. Sed ego hoc, nisi intercedat quis doctior, accipiam secundum Prætoris mentem: cum verba tantum attingant personam rei, nec dubito, quin in d. l. 2. §. 8. huc evadant sequentia Ulpiani verba: *Julianus Labeonis opinionem sequutus, etiam actoris habet rationem: cujus interdum potuit interesse Ephesi recipere. itaque utilitas quoque quoque actoris veniet.* Et sunt hæc exempla: *Si pecuniam trajectitiam dederit, Ephesi recepturus, ubi sub pœna debebat pecuniam, vel sub pignoribus, & distracta pignora sunt, vel pœna commissamora tua, vel si fisco aliquid debebatur, & res stipulatoris vilissimo distracta est.* Et ex his mox sic concludit: *In hanc igitur arbitrariam quod interfuit, veniet, & quidem ultra legitimum modum usurarum:* id est, ultra centesimas usuras: quæ usuræ legitimæ dicebantur. Poterat his aliquam injicere moram: quod id quod interest, pecunia debita, ne in negotiatore quidem, egreditur usuras legitimas l. 19. D. de peric. & commod. rei vend. l. 70. §. 1. D. de legat. lib. 2. Sed in proposito speciale jus esse, pridem ostendi lib. 2. De fœnor. & usur. c. 6. Ut ut erit hæc quæ dixi, fere obtinent; si alio agatur loco, quam Ephesi, ubi de-

betur. at si Ephesi agatur, Ulpianus in l. 4. D. h. t. (quæ, ut Inscriptio indicat, debet conjungi cum fine d. §. 8. l. 2.) sic scribit: *Quod si Ephesi petetur, ipsa sola summa petetur, nec amplius quid: nisi si quid esset stipulatus, vel si temporis utilitas intervenerit.* Verum hoc quoque quid velit, exposui d. c. 6. Ne illud quidem prætermittere sustinuit Ulpianus d. l. 4. §. 1. quod interdum debet Judex, ex hac actione cognoscens, cum sit arbitraria, reum absolvere. quomodo? cautione ab eo exacta de pecunia ibi solvenda, ubi promissa est. nec exemplis abstinet: ea exempla sunt: Quid enim, si ibi vel oblata pecunia actori dicatur, vel deposita, vel ex facili solvenda? nonne debebit interdum absolvere? sensus est, Judicem debere interdum absolvere: inclusa interrogationi responsione; ut sæpe. Quid ergo est? Ulpianus in summa, inquit, æquitatem ante oculos habere debet Judex qui huic actioni addictus est.

Satis de æquitate, Judicis arbitrio actori & reo exhibenda cum ex Edicti verbis, tum ex ejus sententia: nisi e re fuerit, adhuc inquiri, quid præ se ferat Ulpianus l. pen. D. h. t. verbis sequentibus: *Is qui certo loco dare promittit, nullo alio loco, quam in quo promissu, solvere invito stipulatore potest.* Item quid affectet Venulejus l. 137. §. 2. D. de verb. oblig. sic scribens: *Eoque transacto, quamvis Roma remanserit, nec possit Ephesi pecuniam dare: nihilominus ei recte condicetur: vel quia per ipsum steterit, quo minus Ephesi daret; vel quoniam per alium Ephesi possit dari; vel quia ubique potest solvere.* Aliquis putet, hæc pugnare: sed non pugnant; & verus est uterque locus: aptatus, ut oportet, superioribus. sane quid vetat admitti, quod ait Ulpianus, eum qui certo loco promissit, non posse invito stipulatore solvere alio loco, quam in quo promissit, nisi sit paratus, utilitatem loci contrahendo definiti solvere præter sortem. nam huc evadere ejus doctrinam, in superioribus apparuit. Nec alio pergere Venulejum, existimandum est. nam ut dicat, eum qui pecuniam certo loco promissit, posse ubique solvere: tamen id demum tenet, oblata creditori simul pecunia debita, simul eo quod ejus interest eam esse loco placito solutam. Sic constat utrique & Ulpiano & Venulejo ratio: & accipiendum hoc quoque modo est a Juliano dictum in l. 16. §. 1. D. de fidejussorib.

Exposui Judicis officium inter stipulatorem & promissorem, inter quos locum habet ex stipulatu actio utilis sive arbitraria, si quando agatur alio loco, facta mentione ejus quo debetur. Proxima consultatio erit; an id pertingat quoque ad fidejussorem qui pro promissore intervenit. causam quærendi dedit species ex Africano sequens in l. 8. D. h. t. Tu centum Capuæ dari stipulatus, fidejussorem accepisti. debitor in mora est. jus est tibi, adversus eum alibi, quam Capuæ, agere actione arbitraria ad centum; eritque Judicis æstimatio, quanti tua interfit, eam summam Capuæ esse solutam. Idem; si fidejussor interpellatus, ut solvat Capuæ, est in mora: nam vel ille sic tenetur hac actione tam ad id quod interest creditoris, Capuæ solutum esse, quam ad ipsam sortem. Illud quæsitum; quatenus teneatur fidejussor, mora non a se, sed a reo principali, admittitur. pone: reus interpellatus, ut solvat Capuæ, non solvit, et si posset. creditor, electo fidejussore, quod ei licebat, ante inventum a Justiniano ordinis beneficium, illum convenit arbitraria actione de eo quod certo loco: potestne Judex eum condemnare ad promissam sortem tantum;

an etiam ad id quod præterea creditoris interest, eam Capuæ solutam esse? forte dices, moram rei principalis nocere fidejussori *l. 88. D. de verb. oblig. l. 24. §. 1. D. de usuris*. nec potest negari, si quis promisso servo, dedit fidejussorem, & servus decessit post moram rei principalis, tam fidejussoris, quam rei obligationem durare ad æstimationem servi: qui mortuus, ipse jam præstari nequit. *l. 58. §. 1. D. de fidejussorib.* Sed commodè animadvertit Africanus, in præsentia non verri: an fidejussor, propter moram debitoris, teneatur principali obligatione: sed an ultra eam teneatur ad id quod actoris præterea interest. hoc vero negat: arbitratus, fidejussoris obligationem, propter ipsius quidem moram augeri; sed non propter moram rei principalis: consequenter effici mora rei, ut ipse ultra sortem officio Judicis damnetur ad id quod actoris interest, eam Capuæ solutam esse: sed non æque effici, ut fidejussor ad id quod interest damnetur ultra sortem. Videlicet fors est stipulatione promissa: at hoc quod interest, propter moram rei, promissum non est, non igitur est debitum principali obligatione: nec magis fidejussoria: certo, quod fidejussor se non obligavit ultra quam tenetur reus principalis. Ne longe petenda esset hæc distinctio; curarunt quæ adscripti Africani verba: *Nec oportebit, quod forte per reum steterit, quo minus tota centum Capuæ solverentur, obligationem fidejussoris augeri*. Atqui si quis centum, & usuras ex mora stipulatur: constat, mora a reo principali admissa, non modo eum, sed fidejussorem quoque, ad usuras obligari. teneatur igitur hoc exemplo fidejussor non modo ad sortem stipulatione promissam, sed etiam ad id quod stipulatoris postea cœperit interesse. Hunc tempulum qui ex transverso poterat injici, Africanus solvit his verbis: *Neque enim hac causa recte comparabitur obligationi usurarum. ibi enim due stipulationes sunt, hic autem una pecunia (credita) est: circa cujus executionem æstimationis ratio arbitrio Judicis committitur*. Sensus est, hanc objectionem, ut est a dissimilibus facta, nullam habere veri consequentiam. Ain' tu? age, experiamur. Ubi quis fidejussorem accipit, sortem & usuras stipulatus: duæ sunt stipulationes: una sortis, altera usurarum: nec abs re est, fidejussorem tam ad usuras, quam ad sortem, obligatum intelligi: cum usuræ æque sint in obligatione pro qua intercessit fidejussor, ac fors principalis. Hoc igitur modo non augeatur fidejussoris obligatio ex mora rei: quia cum contraheretur stipulatio, usuræ ea promissæ jam tum obligatione comprehendebantur. aliud vero est in præsentem casu: in quo est una tantum obligatio pecuniæ creditæ: circa cujus executionem æstimatio ejus quod interest, ante non debita jure obligationis, magis extrinsecus Prætoris benignitate postea adjecta, fidejussori nocere non debet. Est igitur una fors in obligatione, eaque post moram rei principalis non minus a fidejussore, quam ab illo debita: sed id quod præterea interest creditoris, in obligatione non est; contra fors accedit officio Judicis ex postfacto; ideoque a fidejussore solvi nihil attinet: ne accessoria obligatio, citra ejus voluntatem, ex rei mora augeatur. Satis evidens erat hæc differentia, sed nihilominus visum Africano, eam firmare novo argumento. id argumentum est; quod si pars pecuniæ debitæ creditori soluta sit post moram; & ab eo reliqua petatur; jam non tale esse debet Judicis officium; ut æstimet utilitatem totius debiti Capuæ non soluti: quia partis solutæ sublata est obligatio, & actio: sed quanti actoris interfit, eam dumtaxat summam quæ petatur, Capuæ solutam esse: quia

quatenus actio est, hætenus Judicis officium est; ultra non est. His solet objici *l. 54. D. Locati*. Sed frustra: nam superior disputatio obtinet, cum fidejussor simpliciter intervenit: id est, in id solum quod debebat reus principalis; cum hoc fide sua esse juberet fidejussor, sed in *d. l. 54* non est is casus. contra proponitur ibi aliquis fidejussisse in omnem causam: quo casu rationis est, eum agnoscere omnia illi causæ consequentia tamquam si ita fidejussisset, in quantum illum condemnari oportet, tantum fide mea esse jubeo.

Nisi molesta erit longior interpretatio, Africano in *d. l. 8*. subjiciam intellectum Pauli in *l. ult. h. r.* sed non est longior, profutura vicinitate materiæ. Thema tale. Aliquis stipulatus est, centum sibi dari Capuæ. mora a reo facta: volebat stipulator eum convenire actione arbitraria de eo quod certo loco. reus, dato fidejussore ejus actionis nomine, a stipulatore impetravit, ut litem pro tempore omitteret, quæritur, quatenus teneatur fidejussor, acceptus ejus actionis nomine. hæc est formula fidejussionis: qua sine dubio promissit, se soluturum id quod in eam actionem venit, siue quod ex ea debetur. Quamquam nec hoc est sine ambiguitate, nam si agatur adversus reum principalem; condemnabitur non modo ad summam in stipulationem deductam: sed præterea ad omne id, quod actoris interest, ipsi Capuæ solutum esse. possit igitur in præsentiarum fidejussor acceptus ejus actionis nomine, eodem modo obligatus videri: id est, non modo ad summam centum, sed præterea ad omne quod actoris interest. tenes quæstionem. quid Paulus? ait, *Si post moram factam, quo minus Capuæ solveretur, cum arbitraria vellet agere, fidejussor acceptus sit* ejus actionis nomine: *videamus, ne ea pecunia quæ ex sententia Judicis accedere potest, non debeat, nec sit in obligatione; adeo ut nunc quoque sorte soluta, vel si Capuæ petatur, arbitrium Judicis cesset*. Pauli sensus est, fidejussorem tantum esse damnandum ad solutionem ejus quod sit in obligatione: nam hoc demum deberi, ideoque solum venire in actionem, cujus nomine fidejussit. id intelligi ex eo, quod in obligatione tantum est pecunia in stipulationem deducta. hoc vero quod ei accedit ex sententia Judicis, non fuit stipulatione rogatum aut promissum: sed ei officio Judicis ex postfacto demum extrinsecus accedit; cum non esset in obligatione & actione. Ne hoc quidem sine pignore credi vult Paulus: ergo id duobus firmat argumentis. unum est, quod si in proposito id quod interest debetur jure obligationis, adhuc posset peti, soluta pecunia in stipulationem deducta: quia deinde adhuc superesset ejus obligatio & actio. nunc contra per solutionem sublata actione, simul sublata est officium Judicis; ideoque nulla actione peti potest: imo ne debetur quidem, cum non sit officio Judicis adjudicatum. Alterum argumentum est: quod creditor, si in proposito agat Capuæ, agit directa actione quæ est stricti juris: in eaque ut cessat arbitrium Judicis, ita nec habetur ratio ejus quod actoris interest Capuæ solutum esse. Aliquis dicat, inquit Paulus, Si iudex centum & viginti condemnare debuerit; centum solutis ex universitate, id est, ex universo debito, tam ex sorte, quam ex pœna, (sic appellat id quod interest ex persona debitoris: ut sapius fit) tam ex sorte, quam ex pœna solutum videri: ita superesse petitionem ejus quod excedit sortem. & accedere pœnam pro eadem quantitate. Sed hoc vanum Paulo videtur: primum, (sic puto) quia ex Pauli sententia nihil debetur ejus quod interest nomine: deinde, quia creditor, pecuniam accipiendo, pœnam remisisse intelligitur.

TITULUS V.

De constituta pecunia.

In Rubrica, *De constituta pecunia*, constitui dicitur pecunia: cum quis nudo pacto promittit, se soluturum quod vel ipse vel alius debet, ea autem pecunia petitur actione constitutoria. sic vocatur actio in *l. 20. h. t.* alias dicitur actio de constituta pecunia. de eaque propositum a Prætoris fuisse Edictum, auctor est Justinianus §. 8. *Inst. de actionib.* & sparsim extant ejus Fragmenta *l. 1. §. 1. l. 16. §. 2. & l. 18. §. 1. h. t.* Me suatore sic restitues. *Si appareat, eum qui pecuniam constituit, neque solvere, neque fecisse, neque per actorem stetit, quo minus fieret quod constitutum est, eamque pecuniam, cum constituebatur, debitam fuisse, judicium dabo.* Ex hoc Edicto apparet, constituta ex consensu facta, a Prætoris custodiri, et si nulla intervenerit stipulatio §. 9. *Inst. de actionib.* puto, arrepta occasione a recepto ab argentariis certa forma. in hoc recepto cum civilis obtineret æquitas: placuit Prætori, pro sua humanitate, favere naturali æquitati, & hac qualiacumque constituta sine discrimine tueri. hoc vult Ulpianus *l. 1. pr. h. t.* & addit, Prætoris arbitrari, grave esse, fidem fallere: id est, grave esse, fallere in proposito fidem, agnito per constitutum debito. utique (quod observat Theophilus ad *d. §. 9.*) non potuit debiti jam agniti solutio promissa, licet pacto nudo, negligi, nisi turpiter. Hac ratione fuit etiam dubitatum a Veteribus, quamvis contrarium obtinuerit; an Prætor hic pœnam proponeret adversus eum, qui constitutum sua die non solvit, quasi deliquerit: ut apparet ex *l. 18. §. 2. h. t.*

Nunc ad Edictum veniam: primum dicturus, quinam teneantur de constituta pecunia; tum quibus detur hæc actio; dehinc ad quid, & quando. prima cura erit, quinam hac actione teneantur. Ait Prætor, *Qui pecuniam debitam constituit.* Verbum, *Qui*, tam scēnam, quam marem, complectitur: quia pronuntiatio sermonis in sexu masculino plerumque ad utrumque sexum porrigitur *l. 195. D. de verb. signif.* Igitur *Qui* sic accipiendum est, *Quæve*: verumque est, etiam mulieres de constituto teneri: maxime, si pro se constituent. nam si pro alio constituent; est species intercessionis *l. 1. §. 1. h. t.* quæ mulieribus Senatusconsulto Vellejano prohibetur. Atqui vel hanc paritur latitudo Edicti. Nisi oportet eam cedere rationi ut careat absurditate, nec in aliam juris partem impingat. Similis observatio est circa pupillum: nam de eo quoque nihil est expressum. interim prohibetur ille regulis juris sine tutoris auctoritate contrahere: & his consequenter negat Ulpianus *d. l. 1. §. 2.* eum sine tutoris auctoritate constituendo obligari. Quid, si filiusfamilias constituat? jam valet constitutum; eoque & filius & pater de constituto tenetur: scilicet, quia filiusfamilias ex omnibus causis, tamquam paterfamilias, jure civili in solidum obligatur *l. 39. D. de oblig. & act.* pater autem ex contractu filii cui peculium dedit, jure Prætorio tenetur, quatenus est in peculio *d. l. 1. §. 3. h. t.*

Porro, cum ait Prætor, *pecuniam*; aliter accipiendum est pecuniæ verbum, quam est acceptum a Justiniano. nam Prætor eo verbo solam notabat rem pondere, numero, aut mensura, constantem, sive esset numerata pecunia, sive alia quantitas. sed Justinianus pecuniæ appellationem porrexit ad omnes res

quæ sint in patrimonio: sive sint quantitates, sive sint corpora, mobilia, immobilia, vel sese moventia *l. 2. C. h. t.*

At non fuit contentus Prætor, pecuniā dixisse, plus desiderat, *debitam* fuisse, quæ constituitur. Non vult, debitam manere, postquam constituta est: sed ei sufficit, tum cum constituebatur, fuisse debitam *l. 18. §. 1. h. t.* estque id verum, etiam si nullus appareat, qui interim debeat. Sic in *l. 11. h. t.* Ulpianus: & hoc ponit exemplum: ut puta, si quis ante aditam hereditatem debitoris, vel capto eo ab hostibus, constituat se soluturum, ac præfatus, & Pompo videri, valere constitutum: quoniam debita pecunia constituta est *l. 11. D. h. t.* Quid, si plus constituitur, quam debetur? finge: (quod est exemplum *d. l. 11. §. 1.*) aliquis debens centum aureos, constituit ducentos. ait Ulpianus, eum in centum tantummodo teneri: quia ea pecunia debita est: ultra non est. indeque concludit; quod ergo & is qui sortem constituit cum usuris quæ non debebantur, in sortem dumtaxat tenebitur. Similiter, si decem debeantur, & (debitor) decem & Stichum constituat: ait Paulus, eum decem tantummodo nomine teneri *l. 12. D. h. t.* Ita, si debitor constituat plus, quam ipse debet: nam de tali casu adducti loquuntur loci. Non idem est; si quis pro alio plus constituat, quam ille debeat. nam illud commune est in univ. versis qui pro aliis obligantur: quod si fuerint in duriores causam adhibiti; placuit, eos omnino non obligari: id est, ne ad summam quidem concurrentem. In leviores plane causam accipi possunt. sic Ulpianus *l. 8. §. 7. D. de fidejussorib.* & ei convenienter Paulus *l. 13. D. h. t.* Ut igitur valeat constitutum, vult Prætor, pecuniam quæ constituitur, esse debitam. Quid, si aliud constituatur, quam quod debetur? Secundum Edicti verba non valebit constitutum: quia quod constituitur, non debetur. ait autem Prætor, *Qui pecuniam debitam constituit.* Patitur tamen Ulpianus, aliud pro alio constitui. ac movet eum; quod jam placet, volenti aliud pro alio posse solvi. constitutum vero non ad debiti promissionem spectat: sed ad debiti solutionem. qui enim pecuniam constituit, non promissione primum inducit debitum; sed promittit solvere ante debitum. igitur hoc utimur jure, ut quemadmodum potest volenti aliud pro alio solvi; sic possit volenti aliud pro alio constitui. Similis dubitatio fuit in *l. 14. §. 1. D. d. t.* si quis constituerit, se daturum pignus, an probeatur constitutum? non enim convenit Edicti verbis dicentis, qui pecuniam debitam constituit. & pignus debite pecuniæ differt a pecunia debita. admittit tamen Ulpianus constitutum, postquam utilitas pignorum irrepsit. significat autem, postquam Edicto Prætoris est receptus usus pignorum; rationis esse, ut recipiatur quoque constitutum pignorum. optime: ex quo enim placuit, aliud pro alio constitui, quia obtinuit, aliud pro alio solvi; cur non æque constituatur pignus: id est, accessio rei principalis, veluti pars atque appendix, præstatura solutionis securitatem. Simile jus est: si quis constituerit, certam personam pro se fidejussuram *d. l. 14. §. 2.*

Igitur requirit Prætor *Debitum*: sed qua ex causa? non addit. quin simpliciter ait, *Qui pecuniam debitam constituit.* potest igitur pecunia constitui qua-

quacumque ex causa debita, id est, ex quocumque contractu, sive certo, sive incerto *l. 1. §. 6. D. h. t.* id est, nominato, aut innominato. Similiter, si quasi ex contractu debeat, ex tutela, verbi gratia, dubium non est, quin hoc quoque constitui possit *d. §. 6.* idem dicit Paulus, si ex delicto debeat: ut injuria, furto, rapina *l. 29. d. t.*

Sicut non refert Prætoris, qua ex causa debeat, quod constituitur: ita nec refert, quo jure debeat: utrum civili & naturali simul, an naturali tantum. etsi enim proprie debitum putetur, civiliter & naturaliter debitum: quia id demum potest peti; naturaliter autem debitum non potest exigi, eoque sæpe a debito separatur: ait tamen Ulpianus *l. 1. §. 7. h. t.* in constituto debitum vel natura sufficere, nempe, quia Prætor favet naturali æquitati; & debet sibi imputare qui constituit natura debitum. Multo magis potest constitui, quod Prætorio jure debetur, etsi non utique jure civili debeat; nam hoc jure honoratio etiam peri potest. ideoque & pater & dominus de peculio obstricti, si constituerint, tenebuntur: utique usque ad quantitatem quæ tunc, cum constituebatur, in peculio fuit. idemque est: si plus suo nomine constituit pater, nam ne sic quidem tenebitur in id quod plus est *l. 1. §. ult. D. h. t.* quod si filii nomine constituerit, se decem soluturum, quamvis in peculio quinque fuerint, de constituto in decem tenebitur *l. 2. d. t.* Vice versa, si quis constituerit quod jure civili debebat, jure Prætorio non debebat, id est, per exceptionem, quæritur, an vel hic de constituto teneatur? Dubitatio vertitur: quod vel id debitum parit actionem, & peti potest. Sed Ulpianus *l. 3. §. 1. h. t.* ait, esse verum, & Pomponium scribere, eum non teneri: præfatus, juribus debitam non esse pecuniam quæ constituta est: putat, quia respicientibus ad exitum oppositæ exceptionis, pecunia neutro jure debetur, neque civili, neque naturali.

Occurrit hic & alia inspectio, quid observandum sit: si quidem debeat & civiliter & naturaliter, verum in diem. non enim exigi potest sic debitum, quamdiu non venit dies. interim cessit dies, & jam debetur. tenere igitur constitutum, ait Labeo apud Ulpianum *l. 3. §. 2. h. t.* & adjicit, vel propter has pecunias quæ nondum peti possunt, inducta potissimum esse constituta: & confiteretur Ulpianus, non invitum se probare hanc sententiam: habere enim utilitatem, ut ex die obligatus, constituendo se eadem die soluturum teneatur. imo putat Paulus, & si ceteriore die constituat se soluturum, similiter teneri *l. 4. d. t.*

Postremo non interest, a quo aut cui debeat pecunia. quod enim exigitur, ut debita constitutur, in rem exigi, Ulpianus observat *l. 5. §. 2. D. h. t.* ait autem, *in rem* pro generaliter & sine personæ expressione: ut alibi demonstratum.

Porro ait Prætor, *Constituit*. Hoc autem verbum, ut Nonius docet, inter cætera significat firmare & retinere id quod minus firmum sit. Inde potest videri constituere pecuniam debitam, qui agnoscit priorem obligationem, eamque firmat, ac retinet, ejus solutionem promittens certa die. Nec male Ulpianus *l. 1. §. 4. h. t.* dicens, eum qui inutiliter stipulatus est, cum stipulari voluerit, non constitui sibi, non posse de constituto experiri: quoniam non animo constituentis, sed promittentis, factum sit. Ita est: qui constituit, non inducit obligationem quæ ante non fuit: sed præcedentem sequente conventionem firmat ac retinet. id facit, cum prius debitum agnoscit, & se id soluturum pollicetur. agnito

enim debito quid restat: nisi, ut solvatur, aut solutioni ponatur tempus palam aut tacite? ac vel hoc constituti verbo indigitatur, sane præsentis temporis opponitur constitutum. alterum adest, & jam venit. alterum nondum venit, sed futurum expectatur. Auctor Quintilianus, *Declam. 280.* his verbis: *Omniū vel poenarum vel premiorum tempus aut constitutum aut præsens est.* Nec aliter Cicero, *Ad Marium lib. 7. Epist. 3.* *Quare, inquit, si quod constitutum cum podagra habes, fac in alium diem differas.* Vult igitur Prætor, ut sit actioni constitutoria locus, constitutam esse pecuniam debitam. Sed quo modo? nudo consensu. nam si stipulatione egeret constitutum: quid opus erat Edicto, cum sufficeret ex stipulatu actio *§. 9. Inst. de actionib.* Accedit, quod simpliciter ait Prætor, *Constituit*: nec solemnium meminit favet igitur naturali æquitati, nudo consensu contentæ. Illud non omisero: quod Prætor non dicit, *statuit*: sed *constituit*. desiderat igitur consensum duorum, id est, constituentis, & ejus cui constituitur: perinde ut in cæteris conventionibus non unius, sed duorum, consensum intervenire oportet. Hoc certum; ubi quis pro se constituit. at pone, alium pro alio constituere: an dicimus, etiam debitorem consentire oportere? mihi non placet. & movet me; quod constituens neque debitorem obligat, neque cum ipso contrahit: tantum se obligat ei cui constituit pro debitore. sufficit igitur duorum consensus: debitoris supervacuum est. quippe cum liceat unicuique, alterius causam solvendo facere meliorem. Id adeo verum est: ut Ulpianus *l. 27. D. h. t.* ex sententia Pomponii dicat, non modo pro ignorante, sed pro invito quoque, constitui posse: indeque inferat porro, falsam esse opinionem Labeonis: existimantis, *Si postquam qui constituit pro alio, dominus* (Antonius Faber *lib. 15. Conject. c. 4.* pro dominus recte legit, *debitor*: quod & sequentia indicant) *ei denunciat, ne solvat, in factum actionem dandam.* Et subjicit Ulpianus, id a Pomponio, non immerito dici: sic præfatus, *Nam cum semel sit obligatus qui constituit, factum debitoris non debere eum excusare.*

Fit igitur constitutum nudo consensu, sicut pactum. utrum inter præsentis tantum, an inter absentes quoque? Ulpianus *l. 14. §. ult. D. h. t.* constituere, inquit, & absentes & præsentis posse, sicut pacisci. inter absentes potest fieri per epistolam vel per nuncium: quia & pacisci absentes possunt per epistolam vel nuncium *l. 2. D. de pactis.* primum potest constitui per epistolam *l. 24. D. h. t.* amplius potest inter absentes etiam constitui per nuncium, etsi hominem liberum, nempe, quia nuncius verba conferens in personam domini, & ejus voluntatem alteri suo ministerio denunciando, præbet vicem epistolæ *l. 15. D. h. t.* aliter ac procurator. nam is obligationem sibi acquirit: mihi non acquirit. ita ipse potest ex sua conventionem experiri: ego non possum; nisi cellis & mandatis actionibus: quæ ante in ejus persona constituerunt *l. 5. §. 5. & 6. d. t.* Hoc in procuratore. Idem in tutore, in curatore furiosi, aut actore municipum: nam his constitui potest *d. l. 5. §. 7.* Et tamen si actori municipum vel tutori vel curatori furiosi vel adolescentis, ita constituatur, municipibus vel pupillo, vel furioso vel adolescenti solvi, stricto jure non valet constitutum: manifestum, quæcumque gerimus, cum ex nostro contractu trahunt originem, nisi ex nostra persona sumant obligationis initium, inanem actum nostrum efficere: & ideo contrahere, ut alter suo nomine recte agat, minime posse *l. 11. D. de oblig. & act.* igitur si actori municipum vel tutori pupilli vel curatori adolescen-

scientis ita constituatur, municipibus vel furioso vel adolescenti vel pupillo solvi, non dabitur his directa actio de constituta pecunia : sed utilitatis gratia actio utilis *d. l. 5. §. 8. d. t.*

Postremo docet Ulpianus *d. l. 14. §. ult. d. t.* quibuscumque verbis constitui : modo sint idonea ad demonstrandum constituendi animum. Ita refert, utrum promittatur dari, an constituatur solvi ; ut ex Ulpiano *l. 1. §. 4. h. t.* in antecessum annotavi. Cæterum etsi idonea verba desideret constitutum ; non ob id opus est dici, *constituo* : sed, ut dixi, sufficit aliud qualecumque verbum ei fini aptum, id indicat sequens formula constitui per epistolam in *l. 5. §. 3. d. t.* Scripsi secundum mandatum Seji, si quid tibi debitum adprobatum erit, me tibi cauturum & soluturum sine controversia. Item *l. 24.* Remanserunt apud me quinquaginta ex credito tuo, ex contractu pupillorum meorum, quos tibi reddere debebo Idibus Martiis probos. Et in *l. 26.* Decem quæ Lucius Titius ex arca tua acceperat, salva ratione usurarum, habes apud me, Domine. Similiter valet constitutum, si quis dicat, Satisfaciam tibi pro eo debito. item, Satisfiet tibi a me. quid, si impersonaliter dicat, Satisfiet? eum teneri, Justinianus negat *Auth. Si quando C. h. t.*

Nescio an addam hætenus dictis de forma & modo constituendi, nihil vetare, quæ minus in diem fiat constitutum : nam & pactum in diem fieri constat. præterea evici supra, huius verbi potestate contineri ; ut qui pecuniam debitam constituit, ejus solutionem in diem polliceri intelligatur. quid, si dies etiam solet constitui formulis inseri ? exempla præsens Titulus habet complura. Illa difficilior fuit quæstio, ipsa molesta Veteribus, (ut in *l. 2. C. h. t.* refert Justinianus) an valeat constitutum pure factum sine die ? Et quod ad Edicti verba attinet, nil refert, utrum pure, an in diem constituatur : late enim patent Edicti verba. adhæc potest pactum cui assimilatur constitutum, tam pure, quam in diem, fieri. Sed hæres Paulus *l. 21. §. 1. D. h. t.* confirmans, dici posse, te non teneri. nec sine ratione : nam si pure constituatur sine die ; posset cum constituyente agi statim. at huc non spectat constitutum ; sed ut in diem differatur exactio. accedit, quod Prætor hanc actionem pollicetur demum ; si paret, eum qui constituit, ad diem non solvere, neque fecisse, quo minus fieret quod constitutum est. at non potest fieri, ut per constitutum eodem tempore & obligatio nascatur, & mora contrahatur. quin prius est ; ut obligetur is qui constituit, & in mora deinde constituatur. quare si pure constituat quis quod pure debet, quia non potest statim & teneri & conveniri ; prope est, ne valeat constitutum : ejus natura & sine repugnante. Sed placuit tandem Paulo, rem benignius interpretari ; & quod actum est, ita accipere ex natura constituti, quasi ei tacite insit tempus : intra quod constituens satisfacere & possit & debeat : ac si non faciat satis, hoc Edicto teneatur. Visum autem est illi, sufficere tempus decem dierum *d. l. 21. §. 1. D. h. t.*

Similis fuit apud Veteres dubitatio, an valeat constitutum pecuniæ sub conditione debitæ. ejus litis meminit Justinianus *l. 2. C. h. t.* finge, pecuniam deberi sub conditione. an ea potest pure vel certa die constitui ? dubitatio vertitur : quod Prætor actionem non pollicetur ; nisi appareat, pecuniam tum, cum constituebatur, fuisse debitam *l. 18. §. 1. h. t.* quod autem debetur sub conditione, non est debitum, quamdiu non existit conditio, quia ante dies neque cessit, neque venit, tantum spes est,

debitum iri existente *conditio* *l. 213. D. de verb. signif.* sive igitur pure, sive in diem, constituatur debitum sub conditione, ante existentem conditionem non est constitutum : quia ante non est debitum, & ut maxime constituatur pure vel in diem, ante non potest peti : nulla ante nata actione. Vides difficultatem. Accipe solutionem. Conditio, postquam exitit, solet retro trahi, & deinde haberi conventio, ac si pura ab initio fuisset. Ita putemus, constitutum debiti sub conditione sub eadem suspendi conditione sub qua debitum suspenditur : eaque existente, utramque tenere actionem : deficiente, utramque deperire. Sic Paulus *l. 19. h. t.* pure vel in diem constituto debito sub conditione. quid si pure debitum sub conditione constituatur ? Paulus *d. l. §. 1.* ait, actionem esse, non quidem directam, sed utilem. & recte ; non enim potest directa ex constituto venire : ubi, ut in proposito, non valet constitutum ; retinentibus ejus finem ; qui unus est, debiti exactio in diem differre. at adjecta hic conditio non tam differt ejus executionem, quam ipsam suspendit obligationis vim ac substantiam. non igitur valet constitutum debiti puri sub conditione factum ; quia abhorret a fine & natura constituti ; nec potest ex eo agi actione directa. Ait tamen Paulus, placuisse Pomponio, hic constituto, quod æquitati convenit, post existentem conditionem, concedere actionem utilem, neglecta subtilitate actionis directæ.

Tandem consideremus actionem constitutoriam. eam Prætor in *l. 16. §. 2. §. 1. h. t.* sic promittit : *Si appareat, eum qui constituit, neque solvere, neque fecisse, neque per actorem stetisse, quo minus fieret quod constitutum est, eamque pecuniam, cum constituebatur, debitam fuisse.* Ut hæc actio est nova & remota a rigore juris civilis, ita Prætor eam circumspecte pollicetur sub conditione, & quidem duplici : prorsus, ut altera deficiente, eam non promittat. prior conditio est : Si appareat, stetisse per reum & non stetisse per actorem, quo minus solveretur, aut fieret quod constitutum est. Sensus est : actionem de constituta pecunia demum dari ; si appareat, reum fuisse in mora ; actorem non fuisse. Primum oportet reum fuisse in mora, quo tempore ? Hanc quæstionem Ulpianus *l. 16. §. 4.* sic proponit & finit : *Hæc autem verba Prætoris, Neque fecisse reum quod constituit, utrum ad tempus constitui pertinent, an vero usque ad litis contestationem trahimus ?* Et puto, usque ad tempus constitui. Igitur si reus tempore constituti non fuerit in mora, actor fuerit : apparet, actori volenti postea agere, denegari actionem. utique, si per ipsum steterit, quo minus fieret quod constitutum sit ; nam sic sonant Edicti verba. sed quid, si non per eum stetit, verum per rerum naturam ? silent Edicti verba : sed Ulpianus putat, convenire Prætoris sententiæ, ut adhuc reo subveniri debeat. *d. l. 16. §. 3.* Ut igitur obtineat actio de constituta pecunia, oportet reum in mora fuisse ad diem constitui ; actorem non fuisse in mora : & si intervenerit actoris mora ; apparet, defecisse conditionem sub qua hanc actionem dedit Prætor. Plane, si reus in mora fuerit ad diem, & alia die offerat quod constituit, nec actor accipere velit, cum nulla sit justa causa non accipiendi : adhuc dicit Paulus *l. 17. D. h. t.* æquum esse, reo succurri aut exceptione, aut justa interpretatione, ut factum actoris usque ad tempus judicii ipsi noceat ; quasi illa verba, *Neque fecisse*, hoc significant, neque in diem in quem constituit, fecerit, neque postea. Atque hunc in sensum etiam Ulpianus *l. 18. h. t.* Item, inquit, illa verba, *Neque per actorem*

rem steterit, eandem recipiunt dubitationem. Et Pomponius dubitat, si forte ad diem constituti per actorem non steterit, ante stetit vel postea; Et puto & hac ad diem constituti referenda: proinde si valetudine impeditus, aut vi aut tempestate petitor non venit, ipsi nocere, Pomponius scribit. Illud non negaverim, quod actor, ubi fuit in mora accipiendi constitutum; eoque non habeat deinceps actionem constitutoriam ad consequendum ei constitutum; non ideo destituitur actione quam ante constitutum habebat ad pecuniam debitam. nam constituto non liberatur prior obligatio l. 1 §. D. de in rem verso. imo Gajus l. 28. D. h. t. Ubi quis, inquit, pro alio constituit se soluturum, adhuc is pro quo constituit, obligatus manet. Atque hoc si est: liquet, constituto non fieri novationem: numquam contingentem, nisi sublata prior obligatione l. 1. D. de novat. Probabile igitur est, actorem eo quod impeditur agere actione constitutoria, deficiente ejus conditione, non impediri, adhuc veteri uti actione quæ ei salva est. Cæterum ut utraque concurrat obligatio, vetus & nova de constituta pecunia; tamen solutione ex una facta, tollitur utraque, solutione, inquam; non litis contestatione. sic Ulpianus l. 18. §. ult. h. t. & recte: nam litis contestatio, etsi aliquatenus habetur pro novatione; tamen necessaria est, & a voluntaria hac in parte distinguitur l. 29. D. de novat. Satis de prior conditione sub qua actionem constitutoriam proponit Prætor. Quæ altera? his continetur Edicti verbis: *Eamque pecuniam cum constituebatur, debitam fuisse.* Hæc verba (ut Ulpianus scribit d. l. 18. §. 1.) interpretationem pleniorē desiderant. nam primum efficit, ut, si quid tunc debitum fuit, cum constitueretur, nunc non sit, nihilominus teneat constitutum; quia retrorsum se actio refert. proinde temporali actione obligatum, constituendo teneri debere, Celsus & Julianus scribunt; licet post constitutum dies temporalis actionis exierit. Quare & si post tempus obligationis se soluturum constituerit, adhuc idem Julianus putat: quoniam eo tempore constituit, quo erat obligatio, licet in id tempus, quo non tenebatur.

Ex hæcenus dictis intelligitur, eum qui pecuniam debitam constituit, ei cui constituit teneri actione constitutoria. idemque est, si non constituit quidem, sed adversarius eo postulante juraverit, pecuniam sibi ab eo esse constitutam l. 25. §. 1. h. t.

Exspectas, ad quid hæc actio detur, non ero in mora, datur ad hoc; ut is qui constituit solvat constitutum quid, si malit debitum solvere, quam constitutum? fac, illud aut illud debuit: alterum constituit, estne audiendus, alterum solvere malens? negat Papinianus, esse audiendum; si velit hodie fidem constitutæ rei frangere d. l. 25. D. h. t. Oportet igitur eum qui constituit, solvere quod constituit. Inde queritur apud Paulum l. 21. §. 2. an qui solvere constituit, satisfactione defungi possit? Pauli verba sunt: *Constitutus satis non facit, quo soluturum se constituit, si offerat satisfactionem. Si quis autem constituat, se satisdaturum, fidejussorem vel pignora det, non tenetur, quia nihil interest, quemadmodum satisfaciatur.* Sic Florentiæ editur. sed legendum: *Si quis autem constituat, se satisfactorum, fidejussorem, &c.* Sensus Pauli: quod qui constituit, se soluturum, is offerendo satisfactionem non implet creditoris intentionem: quia aliud est solvere, aliud satisfacere. nam solutionem accipere tenetur creditor, etiam invitus: at satisfactionem admittere invitus non cogitur, etsi satisfactio a volente creditore admissa debitori cedat pro solutione l. 6. §. 1.

D. Quib. mod. pign. solv. Sed Paulus d. l. 21. §. 2. non querit de eo qui volenti cupiat satisfacere: sed de eo qui invito offerat satisfactionem; postquam constituit solutionem; & ait, hunc oblata satisfactione non implere constitutum. longe aliter, ac si constituit se satisfactorum; & paratus est, ei fidejussorem vel pignora dare. hic enim etsi non offerat solutionem, tamen si pignora vel fidejussorem obtulit, constituto satisfacit: quod, ut Paulus ait, nihil interest, quemadmodum satisfaciatur. Non minus convenit Edicti verbis: ne qui sit paratus solvere aut facere id quod constituit, nisi solidum solverit aut fecerit, constituti obligatione liberetur. id placet si unus vel pro se vel pro alio constituerit: imo etiam, si duo, quasi duo rei, constituerimus. nam & cum altero in solidum agi, Ulpianus finit l. 16. D. h. t. Justiniano tamen visum l. 3. C. d. t. epistolam D. Hadriani quæ de periculo inter mandatores & fidejussores loquitur, vel in his qui pro aliis pecunias simul constituunt, obtinere; hac allata causa; quod æquitatis ratio diversas actionum species excludere nullo modo debet. Sed apparet, eum qui constituit, teneri id quod constituit solvere. utique, si extat: sic enim potest solvere. at si perierit, cum per eum staret, quo minus solveret: jam quia non potest solvere quod promissit, necessitate fit; ut in locum constitutæ rei succedat ejus æstimatio. auctor Julianus l. 23. h. t. verbis sequentibus: *Promissor hominis, homine mortuo, cum per eum staret, quo minus traderetur, etsi hominem daturum se constituerit, de constituta pecunia tenebuntur, ut pretium ejus solvat.*

Expositis plerisque ad intellectum actionis constitutoria pertinentibus, adhuc monet Ulpianus d. l. 18. §. 2. e re esse, hic subungere, utrum pœnam contineat illa actio, an rei persecutionem? Speciem pœnæ habebat: quod proposita a Prætorē adversus moram non solventis sua die constitutum, poterat proposita intelligi in pœnam ruptæ fidei. Sed Marcello visum, magis esse, ut sit rei persecutio. idemque probat Ulpianus, & recte: ut enim Prætor hanc actionem demum promittat; si appareat, eum qui constituit, neque solvere, neque fecisse: tamen non aliam illi præfert causam, quam conventionem: ac secundum hanc facit quidem creditori jus persequendi constitutum: sed eum ultra egredi non finit. non est igitur hæc pœnalis actio, sed rei persecutoria, ab eaque causa non tantum heredi, sed adversus heredem quoque, competit, & perpetuo. sic sane rescribit Imp. Gordianus l. 1. C. h. t. & Justinianus l. 2. etsi olim, ut ipse ait, non

in omnibus casibus esset longæva,
sed in speciebus certis annuali spatio concluderetur.

TITULUS VI.

Commodati vel contra.

Nunc redeo e diverticulo in viam. dixit in l. 1. *D. de rebus creditis* Ulpianus, Prætorum, sub Titulo, De rebus creditis, non tantum de mutuo edixisse, sed de commodato quoque & pignore. exposito igitur mutuo, id est, primo contractu qui re contrahitur; sequitur secundus, commodatum. Est vero, contractus juris gentium bonæ fidei quo corpus gratis utendum datur ad certum finem aut tempus; ea lege; ut finito usu aut tempore, idem corpus non deterioratum restituatur. De hoc contractu exstant in l. 1. sequentia Prætoris verba. *Quod quis commodasse dicetur, de eo iudicium dabo.* Hujus autem Edicti interpretationem non esse difficilem, Ulpianus ait §. 1. unum solummodo notandum; quod qui Edictum concepit, commodati fecit mentionem, cum Pacuvius utendi mentionem fecit. Pacuvius fuit Edicti auctor, is sic scripsit, *Quod quis utendum dedisse dicetur.* pro eo qui Edictum concepit, hic est Julianus, compilator Edicti perpetui, reposuit, *Quod quis commodasse dicetur.* Res minime insolita; & sub Titulo, Quod metus causa, & De pactis, a me similiter notata. Emendavit igitur Julianus Pacuvii vetus Edictum, restituto aptiore verbo. Dices, commodari & utendum dari confundi l. 54. §. 1. *D. de furtis*, & §. 2. *Inst. Quib. mod. re contrah. oblig.* At hoc cum sit, a verborum proprietate receditur, tantum enim interesse inter commodatum & utendum datum, Labeo auctor est, quantum inter genus & speciem d. l. 1. §. 1. itaque constat, usum non in commodato solum contineri, sed etiam in locatione & precario; cum hæc a commodato valde distent. Nam locatio est res ad usum data cum diffinitione mercedis; ut Isidorus loquitur, lib. 5. *Origin. c. 25.* Commodati autem gratuita §. 2. *Inst. Quib. mod. re contrah. oblig.* Utus igitur locato comparat commodatum, merces separat utrumque. Inter precarium ac commodatum quoque est differentia. in precario enim petenti precibus quid conceditur utendum, quamdiu is qui concessit, paritur l. 1. *D. de precario.* at commodati usus modo aut tempore includitur. ita potest precarium, cum videtur danti, revocari; licet is qui accipit, nondum usus sit. est enim hæc precarii lex & forma, spectans magis ad beneficium, quam ad negotii gestionem l. 2. §. 2. l. 14. *D. de precario* commodatum non potest intempestive revocari; quia ex præscripto fine & modo datur commodatario; & ideo ne commodans retro agat, ac finem denuo præscribat, impedit non officium tantum, sed & suscepta obligatio inter dandum accipiendumque l. 17. §. 3. h. t. Sic nostri, etiam Isidorus d. lib. 5. *Origin. c. 25.* Verba Isidori: *Commodum est id quod nostri juris est, & ad alios temporaliter translatum est, commodum temporis quamdiu apud eum sit. unde & commodum dictum est. precarium est, dum prece creditor rogatus permittit debitorem in possessione fundi sibi obligati demorari. Et dictum precarium, quia prece additur, quasi dictum precadium. r. pro d. littera composita.*

Sed apparet, commodare proprie esse rem dare gratis utendam ad certum finem modumque. proinde non consensu perfici commodatum; sed traditione ex consensu facta usus causa; eique consequens esse; ut commodatæ rei proprietas, etiam

possessio, maneat apud commodantem; propterea quod usus & quidem certus ac temporalis ad quem spectat commodatum, cum haberi possit salva rei substantia, nec dominii nec possessionis eget, argumento est locatio & conductio: ex qua re conducta utitur conductor ita, ut locatorem agnoscat dominum ac possessorem; ejusque possessioni sua detentione ipse præbeat ministerium. quod si in locato obtinet; cur in commodato aliter sit, causa non est. prætereo nostros l. 8. & 9. h. t. sic Isidorus d. loc. addo, Seneca, *Epist. 120.* Verba Senecæ: *Magnus animus, conscius sibi melioris naturæ dat quidem operam, ut in hac statione qua positus est, honeste se atque industrie gerat. ceterum nihil horum quæ circa ipsum sunt, suum judicat, sed ut commodatus utitur peregrinus & properans.* Res clara ac certa, nisi difficultatem accipit a precario; in quo ut eadem sit ratio quæ est commodati; tamen possessio transit. Sed inter sit: quod precarium neque ad tempus, neque ad modum, datur. imo pro arbitrio dantis manet apud rogantem, aut ab eo revocatur. interim potest rem precario accipiens, ea uti frui vel in perpetuum, modo danti videatur. quid ni possit eam precario possidere: videlicet eam, si sic ferat casus, tuitus interdicti, *Uti possidetis*, & Unde vi. quod in commodato, in quo usus tempore aut modo circumscribitur, non est necessarium. Habet igitur commodatarius nudam detentionem, non possessionem, multoque minus dominium commodatæ rei. ideoque nihil refert, quæ res commodetur, propria, an aliena l. 15. & 16. h. t. In mutuo aliter est: differentiam faciente re de qua contrahitur. nam mutuum respicit corpora, tantum admittit quantitates quarum usus omnis consumptione constat; nec est consumptio, nisi translato dominio. igitur nec est mutuum, nisi dominium proficiatur. commodatum vero est corporum; quorum ut est usus salva substantia: ita ut sit commodatum non est opus, mutari dominium. Atque ita est: non potest commodari id quod usu consumitur: nisi forte (quod Ulpianus observat l. 3. §. ult. h. t.) ad pompam vel ostentationem accipiat. quo in numero sunt nomismata aurea vel argentea vetera quibus pro gemmis uti solent; quorum usum fructum legari posse, Pomponius censet l. 28. *D. de usufructu.* de quibus egi diligenter lib. 1. *De usufructu. c. 4.* Non minus observandum, quod Gajus l. 4. h. t. *Sæpe etiam*, inquit, *ad hoc commodantur pecunia, ut dicis gratia numerationis loco intercedant.* Sic legit Antonius Augustinus, lib. 2. *Emend. c. 2* & erudite observat, hoc verbo, *dicis causa*, significari, aliquid non serio & vere fieri; sed simulate, atque ut videatur officio, aut jure civili, defungi is qui facit. exemplum ejus rei l. 1. §. 34. *D. de Senatusc. Silan.* Eo vero modo id in d. l. 4. accipi a Gajo, probabile mihi fit ex Inscriptione, Gajus lib. 1. *De Verborum Obligationibus.* apparet enim, loqui de verborum obligationibus; in quibus est stipulatio. fuit autem in ea aliquando observatum; ne alias perficeretur, tollereturve, quam interveniente are & libra: ut demonstravi, lib. sing. *Ad Edictum, De pactis, c. 8.* unde possit hic esse Gaji sensus, Sæpe ad hoc commodari pecunias: ut interveniente pecuniæ alicujus, verbi gratia, nummi festerii, commento, atque imagine, juri civili convenienter perfe-

perfecta esse stipulatio videatur. Illud parvi refert, utrum res mobiles, an immobiles, commodentur: credidit quidem Labeo, commodari rem mobilem, non etiam soli; utendam dari etiam soli: & verisimile est Doctissimum illum Virum, ut sic sentiret, fuisse aliqua inductum ratione: sed hanc non attulit Ulpianus, cum eum refutat *l. 1. §. 1. h. t.* tantum dixit, Sed, ut apparet, proprie commodata res dicitur, & quæ soli est, idque & Cassius existimat. Vivianus, auctore Ulpiano *d. l. 1. §. 1.* amplius etiam habitationem commodari posse, ait. Sed esse tutius præscriptis verbis agere, ipse censet Ulpianus *l. 17. D. de præscriptis verbis*, & quod Inscriptio utriusque loci ostendit, eodem libro. 28. *Ad Edictum*: quare uterque hoc modo optime coniungitur.

Ait Prætor, *De eo iudicium dabo*. Ex hac clausula intelligitur, (quod Paulus observat *l. 17. §. 3. h. t.*) commodato negotium geri invicem: & ideo invicem propositas esse actiones: ut appareat, quod initio beneficii ac nudæ voluntatis fuerat, converti in mutuas præstationes actionesque civiles. Est igitur commodatum contractus, qui parit actionem commodati, & quidem duplicem, directam & contrariam. Prior est directa: eaque commodati per excellentiam vocatur in Rubrica: etiam principalis *d. l. 17. §. 1.* Altera commodati actio dicitur contraria *d. l. 17. §. 1.* & passim: quia, ut Rubrica indicat, datur *contra*, id est, vicissim, vel e diverso: Ut notat Cujacius *lib. 9. Observ. c. 2.* eo verius: quia hoc *contra* sic sumitur apud Terentium, *Eunuch. 2. 3. vers. 64, §. 3. 1. vers. 54.* Est vero utraque actio bonæ fidei *l. 3. §. h. t. §. 28. Inst. de actionibus*.

Primum videbo de actione commodati directa, ea datur ei qui commodasse dicitur. sic loquitur Prætor: & quia non distinguit eum; etiam fur & prædo, si commodaverint, habebunt commodati actionem: est enim commodatum *l. 15. §. 16. h. t.* & eorum interest *l. 1. §. 39. D. de positi*, atque ex honesta causa: si præsertim dicat, sua interesse eo quod domino tenetur rei vindicatione, vel ad exhibendum: quamvis aliter sit; si dicat, se domino teneri actione furti aut conditione furtiva: priore enim casu tenetur ut qualicumque possessor: posteriore ut fur, id est, improbe *l. 12. §. 1. l. 14. §. 3. §. 8. D. de furtis*.

Datur igitur actio commodati directa commodatori: nec dubium est, quin detur adversus commodatarium. An omnem? utique, si valet commodatum, alioquin contra est: ut, si impuberi aut furioso res sine tutore aut curatore commodata sit: quia enim carent consensu; ideo non consistit commodatum, nec adversus eos commodati actio competit *l. 1. §. ult. h. t.* sed ad exhibendum dabitur actio: ut res exhibita vindicetur *l. 2. h. t.* estque ejus juris ratio: quod pupilli aut furiosi sine tutoris aut curatoris auctoritate ac consensu non obligantur, quoties necessarius est eorum consensus: sed, ubi ex re nascitur obligatio, id est, quasi ex contractu, etiam sine tutore aut curatore tenentur *l. 46. D. de oblig. & act.* Plane, si locupletior factus sit pupillus: dicemus, eum utili commodati actione teneri ex Rescripto D. Pii *l. 3. h. t.* Idem: si doli capax sit pupillus, & in re commodata quid dolo malo egit, non videtur quidem mihi hoc venire ex regulis juris; (nam secundum has aliter respondet Ulpianus *d. l. 1. §. ult.*) sed adversus has receptum esse per consequentiam Rescripti Pii, ac dubito: an ad hunc modum in causa depositi idem disputet Ulpianus *l. 1. §. 15. D. de positi*.

Datur igitur directa commodati actio adversus

commodatariū. quid, si sit filiusfamilias aut servus? Ulpianus *d. l. 3. §. 4. §. 5.* sermone parum accurato, sed sano intellectu adjuvando, sic scribit: Si filiofamilias servove commodatum sit, dumtaxat de peculio agendum erit: cum filio autem familias ipso & directo quis poterit, sed & si ancillæ vel filiafamilias commodaverit, dumtaxat de peculio erit agendum. sed non tantum ex causa doli earum personarum pater vel dominus condemnatur, sed & ipsius quoque domini vel patris fraus dumtaxat venit: ut Julianus *lib. 11.* circa pigneratitiam actionem distinguit. Est & quaestio de eo qui nobis bona fide servit: de quo Pomponius *l. 13. §. 2. h. t.*

Hæc; si unus sit commodatarius. quid, si duo sint? fuit quaesitum, utrum actio adversus singulos competat in solidum; an pro portione? sed Ulpiano *l. 5. §. ult. h. t.* placet sententia Celsi filii; existimantis, utrumque in solidum teneri: quasi commodator sit in solidum utriusque fidem sequutus. Nec obstat Africanus *l. 21. §. 1. h. t.* Nam hic commodator est utriusque, non singulorum fidem in solidum sequutus. illi etiam valorum periculum conjunctim susceperunt: pacti, ut esset commune periculum: id est, ut quisque præstaret periculi partem: non ut unus solveret solidum. ita singuli ex natura contractus, nisi aliud placeat, in solidum hac actione tenentur. & observandum quod Ulpianus in *d. l. 5. §. ult.* addit: quod quodammodo duo rei habentur: sic, ut si alter conventus præstiterit, alterum liberet, & ambobus competat furti actio: de quo Cujacius *lib. 22. Observ. c. 26.*

Cæterum, sicut hæc actio datur adversus commodatarium: ita datur adversus ejus heredes: & si plures sint, pro portionibus hereditariis: nisi si quis ex suo facto conveniatur *l. 17. §. 2. h. t.* aut nisi unus habeat facultatem restituendæ rei totius *l. 3. §. 3. h. t.* ubi Charondas in *Notis margin.*

Nunc dicam, ad quid detur commodati actio, & quod in ea sit officium Judicis, id ostendet formula, a Prætore præscribi solita. ea formula fuit: quidquid te mihi ex commodato dare facere oportet ex fide bona. ea formula convenit his Edicti verbis, Quod quis commodasse dicitur, de eo iudicium dabo. Edicto non addidi verba, ex fide bona quia non Edicto debentur; sed Jurisconsultis: qui (ut apparet ex *l. 2. §. 6. D. de orig. juris*) ex Legibus atque Edictis actionum formulas composuere, pro publica utilitate, & in proposito ex natura contractus ex utroque latere obligatorii. sed hanc evincit *l. 3. §. 3. h. t. & §. 28. Inst. de actionib.* Ante omnia igitur dicam, hanc actionem competere ad restitutionem rei commodatæ: si commodatarius eam teneat ultra præscriptum tempus; aut eam transferat ad alium usum, quam accepit. est enim commodato proprium, ut habeat certum modum aut tempus. ita, si commodatarius re commodata usus sit ad eum modum aut tempus, extinguatur commodatum: & convenit bonæ fidei, ut eam reposcenti commodatori restituat *l. 5. §. 8. D. & l. 2. C. h. t.* Utrum in genere; an in specie? hoc magis est, & ne opus sit cæteris quæ attuli supra, adscribam hæc verba Agræti, Veteris Grammatici *Commodamus amico pro tempore equum, servum, hanc ipsam rem quam dedimus recepturi*. Sic si una res commodata sit. Sed finge, duas esse commodatas. potestne de altera agi commodati? Vivianus quidem putat. sed Paulus ait, Pomponius id ita videri verum: si separatæ sint, nam eum qui carrucham puta vel lecticam commodavit, non recte acturum de singulis partibus. Sic ille *l. 17. §. 4. h. t.* cum eaque potest conjungi *l. 36.*

D. de evict. quæ est ex eodem libro. Quid, si reddatur res commodata, sed deterior? non videtur reddi; quia non patitur interpretatio bonæ fidei, ut intelligatur redditum quod non est ita redditum, ut oportet ex bona fide. unde consequens est, cum deterior facta restituitur res commodata, nec id quod interest, præstatur, adhuc eam recte peti iudicio bonæ fidei *l. 3. §. 1. h. t.* licet in strictis iudiciis de dolo actio desideretur *l. 7. §. 3. D. de dol. mal.* Sive igitur non possit reddi res commodata; sive non aliter, quam deterior; locus est actioni commodati: præfertim, si quid in ea re factum sit dolo malo. est enim alienum a bona fide: ut quem beneficio affecerim, is mihi injuriam referat pro gratia. idque in tantum verum est, ut ne conveniri quidem in commodato possit, Ne dolus præstetur *l. 17. h. t.* At non tantum de dolo tenetur commodatarius: sed de culpa quoque. nec distinguo, utrum sit lata, levis, an levissima. Optime enim Ulpianus *l. 10. h. t.* Eum qui rem commodatam accepit, si in eam rem usus est, in quam accepit, nihil præstare, si eam in nulla parte deteriorem fecit, verum est; nam si culpa ejus fecit deteriorem, tenebitur. sic Ulpianus. nec minus plene Gajus *l. 18. h. t.* a commodatario omnem præstari culpam. nimirum, quia plerumque solius vertitur commodatarii utilitas. sic vero in *l. 5. §. 2. h. t.* definit Ulpianus. Atqui aliud est in precario: etsi hoc quoque totum spectet ad accipientis utilitatem. nam qui precario accepit, tantum præstat dolum & culpam latam *l. 8. §. 3. D. de precario.* Sed salva res est: differentiam inter commodatum & precarium faciente utriusque natura. contrahitur enim commodatum præscripto utendi fine & modo: eoque non potest intempestive revocari *l. 17. §. 3. h. t.* at precarium non sic datur; ideoque potest revocari semper, etsi is qui precario accepit, nondum usus sit *l. 1. l. 2. §. 2. l. 12. D. de precar.* ac merito potest imputari ei qui cum suspectam haberet diligentiam ejus cui precario dedit, precarium, ut poterat, non revocavit. Ipse sic Ulpianus *d. l. 8. §. 3.* Nec quid turbat hoc ejusdem Jurisconsulti, *Custodiam plane commodata rei etiam diligentem debet præstare. l. 5. §. 5. h. t.* Non enim hic dicitur, commodatarium debere commodatæ rei præstare custodiam diligentem: sed custodiam plane diligentem, qualis custodia est diligentissima: eodemque modo sic dicitur ab Ulpiano, quo Justinianus *§. 2. Inst. Quib. mod. re contrah. oblig.* Is, inquit, qui utendum accepit, sane exactam diligentiam custodiende rei præstare jubetur. nam sane exacta est valde exacta. & ita quoque, sane iniquum est valde iniquum *§. 30. Inst. de actionibus;* & homo quidpiam sane doctus provalde doctus, apud A. Gellium, *lib. 3. Noct. Attic. c. 1.* Sed hoc quod dixi de omni culpa in commodato præstanda, demum verum est: si solius versetur commodatarii utilitas. nam si utriusque sit; tum tantum levis præstatur *d. l. 18. h. t.* imo, si solius commodantis causa sit commodatum, ut aliquando talis occurrit casus: rationis est, dolum solum præstari: idemque servari, si ita convenit *l. 5. §. 10. h. t.* De casu fortuito videamus. huic non potest resistere humana infirmitas: non enim potest eum prævidere; & si prævideat, certe prævenire nequit. idcirco in nullo bonæ fidei iudicio præstatur *l. 23. D. de regulis juris.* nec est causa, cur eo nomine teneatur commodatarius; si modo is casus non ipsius culpa intervenerit. alioquin rationis est, commodatarium teneri, propter culpam ante casum admissam, & ob secutum casum non excusandam, idem jus est: si, cum incidit casus,

adhuc aliqua commodatarii deprehendatur culpa; etsi nulla fuerit ante casum. alterum notat Justinianus *§. 2. Inst. Quib. mod. re contrah. oblig.* utrumque Ulpianus *l. 5. §. 4. § 7. D. h. t.* Cæterum, ut de casu fortuito non teneatur commodatarius; præstanda tamen ab eo in re commodata præter culpam est diligentia, sive custodia *d. §. 2. d. l. 5. §. 2.* usque adeo, ut debeat non in ipsa tantum re commodata, sed in ejus quoque accessione præstari. pone: equam tibi commodavi. eam pullus comitabatur. etiam pulli te custodiam præstare debere, Veteres responderunt *d. l. 5. §. 5. § 9.*

Convenit igitur Judicis officio in hac actione: ut res commodata commodatori ex fide bona non deteriorata restitatur: alioquin aestimetur quod actoris interest, ei ita restitutam esse. proprie enim, ut dixi, non videtur reddita quæ deterior redditur *l. 3. §. 1. h. t.* Porro cum ea sit æstimatio, rei judicandæ tempus, quanti res sit, observatur: ut in cæteris bonæ fidei iudiciis fieri solet: quamvis in stricti juris iudiciis plerumque litis contestatæ tempus spectetur. Ne hoc quidem prætermittam: quod hæc æstimatio interdum fit per actorem, interdum per Judicem. & ab actore fit iurejurando in litem ex ejus affectione in infinitum; cum rei dolus accusatur. a Judice contra fit ex rei veritate, quanti actoris inter sit; si non rei dolus, sed culpa intervenit. Hoc nunc ex *l. 3. §. 2. § 1. §. 1. D. h. t.* saltem attingo obiter: quia de omnibus bonæ fidei iudiciis de restituendo loquentibus egi supra sub Titulo, *De in litem jurando.* Affinis superiori observationi est adhuc sequens: quod actor, si susceperit oblatam litis æstimationem, rem accipientis facit, maxime præsentem: absentem vero tunc, cum reus possessionem est ex voluntate actoris nactus. & ideo nec est a ratione alienum, litem a Judice non æstimari aliter, quam si caverit actor, per se non fieri, ne ejus rei possessio tradatur *l. 13. D. d. t. junct. l. 46. § 47. D. de rei vindic.* Sed de directa commodati actione satis. Oblivisci tamen me non oportet: quod cum ea concurrant actiones aliæ; ut furti: cujus exemplum apud Ulpianum *l. 5. §. 8. D. h. t.* A. Gellium *lib. 7. Noct. Attic. c. 15.* & Valerium Maximum *lib. 8. c. 2. §. 4.* Ulpianus *l. 14. d. t.* etiam meminit condictionis ex causa furtiva, tum in *l. 7. §. 1. § 18. §. 1. cod.* actionis ex Lege Aquilia, quamquam ut ex una percepto quod debetur, altera tollatur aut minuat, auctore Paulo *l. 34 §. ult. D. de oblig. & act.* & ad eum Pacio Centur. 4. quæst. 43.

Restat actio commodati contraria; ipsa ex interpretatione bonæ fidei profecta, præbet argumentum, quod non semper datur; sed justis demum ex causis. exempla non addo. sunt elegantia & clara in *l. 18. §. 2. § 3. l. 17. §. 3. § ult. l. 5. §. 8. l. 21. D. h. t.* Unum patere moneri: quod contraria actio potest directæ opponi per modum exceptionis jure penationis, seu retentionis *d. l. 18. §. ult.* & est mihi suspicio, illam ab hac forma cœpisse primum; atque ut jura paulatim crescunt movente utilitate; mox invaluisse usu, ut etiam posset sine principali institui ultro *l. 17. h. t.* Ita non est inutilis aut supervacua contraria actio. sed hoc licet intelligere ex *d. l. 18. §. ult.*

* * *

TITULUS VII.

De pignoratitia actione vel contra.

Commodatum excipit pignus: tertius contractus reconstans. est autem pignus, contractus juris gentium, bonæ fidei, quo res creditori datur in securitatem debiti: ea lege, ut soluto debito, aut cum pro eo erit satisfactum, eadem res non deteriorata restituatur. Hæc definitio, mea opinione, est propria hujus loci: accommodata videlicet Edicto, sub hoc Titulo proposito. alioquin duplex fuit contractus, vel in specie pignus, sive contractus pignoratitius, vel fiducia, sive contractus fiduciarius. formam priorem tenes: in posteriore observabo solum: quod solemnis erat; fieri demum solita interveniente mancipatione, vel cessione in jure, addito pacto de remancipando, ex soluto debito, verbi gratia. Quia autem illa solemnitas suas habebat ambages, etiam difficultates minime necessarias: pro communi utilitate forte placuit primum Jureconsultis in Fori disputatione, ac deinde Prætori in Edicto, rejecta scrupulositate supervacua ac molita, rem totam eo modo quo nostra prævit definitio, ad naturalem simplicitatem revocare. Noli hoc silentio prætermittere: arbitratus, interesse Jurisprudentiæ elegantioris, ut alias, ita hic, non ignorari juris originem progressumque, simul rationem informari oblitterati que contractus fiduciarii, cujus frequens apud Veteres est memoria, sed a Triboniano in Corpore Juris Justiniani nusquam relictum nomen, vix vestigium, ob nullum deinceps ejus futurum usum. Testimonia ejus quod dixi, non appono. Dedi idonea antehac lib. 2. *Observ. c. 7. § 8.* etiam dabit infra Titulus *De pignoribus* libro xx. nunc quod est hujus loci, aggredior Edictum de contractu pignoratitio in specie tali. De eo propositum a Præторе fuisse, memorat Ulpianus l. 1. *D. de rebus creditis.* formam talem fuisse, mihi persuadeo: *Quod pignori datum esse dicetur, de eo soluta creditori pecunia, aut cum eo nomine ei satisfactum erit, perve eum stabit, quo minus id fiat, judicium dabo.* Ex primis Edicti verbis, *Quod pignori datum esse dicetur*, actio quam Rubrica dicit pignoratitiam, in l. 42. *D. h. t. & l. 2. D. de pignoribus*, vocatur judicium de pignore dato. Est autem pignus, res omnis creditori pro debito obligata, alias hypotheca appellatur. Hoc modo Marcianus in formula hypothecaria, *Inter pignus, inquit, & hypothecam tantum nominis sonum differre.* Hæc verba extant in l. 5. §. 1. *D. de pignoribus.* & spectare ad Formulam hypothecariam, indicio est Inscriptio, *Marcianus libro singulari Ad formulam hypothecariam.* In præsentē Edicto contra est. auctor Justinianus §. 7. *Inst. de act.* Verba Justiniani. *Inter pignus & hypothecam, quantum ad actionem hypothecariam attinet, nihil interest. nam de qua re inter creditorem & debitorem convenerit, ut sit pro debito obligata; utraque hac obligatione continetur. sed in aliis differentia est. nam pignoris appellatione eam proprie rem contineri dicimus, qua simul etiam traditur creditori, maxime si mobilis sit. at eam qua sine traditione, nuda conventionē tenetur, proprie hypotheca appellatione contineri dicimus.* In hoc igitur Edicto pignus proprie accipitur quod est traditum l. 9. §. 2. *D. h. t.* comparata pignoratitia actione ad restituendam rem pignori datam §. ult. *Inst. Quib. mod. re contrah. oblig.* at restitui, nisi ad creditorem a debitore traditione profecta, non potest. Ad hanc observationem accedit altera: quod Prætor facturus

actioni pignoratitiæ locum, non desiderat rem obligatam esse pignoris jure: sed esse datam pignoris causa, quamvis non sit pignori obligata, itaque actio pignoratitia vel hac parte distat ab actione hypothecaria: nam ut hæc obtineat, necesse est, pignus jure contrahi; ideoque duo concurrere: primum, ut sit debitum pro quo res pignori obligetur l. 5. *D. de pignoribus.* deinde, ut rem pignori pro eo obliget is cujus in bonis ea sit l. 6. *C. Si aliena res pign. dat. sit.* neutrum postulat actio pignoratitia: quin illi satis est, rem haberi pignoris loco, et si pignori obligata non sit. Hoc tam varie: quia actio hypothecaria est in rem: pignoratitia in personam. illa competit adversus quemvis possessorem: ista inter contrahentes tantum. superest igitur causa, ne alius ob inutile pignus teneatur actione hypothecaria: quia pignus quod non valet, rem non amittit. ut autem a pignoratitia liberetur creditor, quæ causa est; et si re ei inutiliter pignori data? sane nulla: non enim iniquum fuerit, eum qui rem qualiter qualiter accepit pignori, perinde ad restituendum teneri, ac si pignus jure esset constitutum l. 11. §. 2. l. 9. §. 4. l. 22. §. 2. *D. h. t.* Atque huc intendit Gajum l. 9. §. 1. *D. de pignoribus.* jam pridem conjeci lib. 1. *Observ. c. 7.* ex Inscriptioe loci: quæ spectat ad hoc Edictum: in quo vera est ejus sententia: cum sub Titulo *De pignoribus*, ubi exponitur Formula hypothecaria, ab absurditate excusari nequeat. Quid igitur est? pignori obligari non potest res aliena, nec magis propria, debito non præcedente: sed utraque potest pignori dari; licet neutra obligetur pignori. Idcirco edixit Prætor, quod pignori datum esse dicetur: non edixit, quod pignori obligatum esse dicetur. multum autem interest inter obligari pignori & dari pignori. prior casu res obligatur: posteriore contrahentium personæ tenentur: res libera est. Utrumque erit; Prætori in pignoratitia actione sufficit, rem pignori esse datam: nec addit causam ex qua sit data. proinde potest pignus dari non ob pecuniam tantum, sed ob aliam quoque causam: veluti, si quis pignus alicui dederit, ut pro se fidejubeat l. 9. §. 1. *D. h. t.*

Proponitur igitur in hoc Edicto actio de pignore dato, passim dicitur pignoratitia. est vero directa vel contraria. prior est principalis: eoque pignoratitia in Rubrica per excellentiam appellatur. Datur autem debitori adversus creditorem: sicut inter eos intervenit contractus ex quo nata est: quamquam inter eos non ante vim suam exierit, quam soluto creditori debito, aut cum ei erit satisfactum. Huc ferunt se Edicti verba, & recte: nam cum in securitatem debiti detur pignus: ullone jure erit, sublato debito? atqui tum cessat securitatis causa. putemus igitur, ubi creditori datur, ut securus sit de debito suo; hoc agi, ut eo finito, ex fide bona restituatur. Atque hoc convenire actioni pignoratitiæ, observant Diocletianus & Maximianus l. 1. *C. h. t.*

Pollicetur igitur directam pignoratitiam actionem Prætor, soluta pecunia. Solutam autem pecuniam accipe nummis probis: nam his demum contingit debiti liberatio, quod si soluta sit pecunia nummis reprobis; ea non sit liberatio debiti, ideoque perseverat pignus: tantum restituida debitori reproba pecunia l. 24. §. 1. *D. h. t.* Desiderat igitur pignoratitia

neratitia actio, solutam esse pecuniam, sed omnem
l. 9. §. 3. d. 1. nam quamdiu superest pars debiti, te-
 net pignus: sicut tamdiu est debitum, & causa pig-
 noris. Inde quaesitum, si creditori plures extiterint
 heredes, & uni solvatur pars debiti: an reliqui pos-
 sint fundum oppignoratam vendere jure pignoris?
 Hæc est quaestio *l. 11. §. 4. b. 1.* in qua ait Ulpianus,
 solutione uni facta, non debere ceteros heredes in-
 iuria affici: proinde posse eos totum fundum ven-
 dere, oblato debitori eo quod uni solvit, & addit
 Ulpianus, eam sententiam non esse sine ratione:
 nempe, quia manifesti juris est, defuncto creditore,
 multis relictis heredibus, personalem quidem acti-
 onem Lege Duodecim Tabularum inter eos divi-
 di: pignus vero in solidum unicuique teneri *l. 1. §.*
2. C. Si unus ex plurib. heredib. credit.

Ne hoc quidem me oblivisci hoc loco oportet;
 quod Prætor, debitum solutum esse postulans, ut sit
 pigneratitiæ actioni locus, solum intelligit debi-
 tum, in cuius securitatem pignus datum est; aliud
 non intelligit. quare, si in sortem dumtaxat est ob-
 strictum; quamdiu est sortis debitum, tamdiu est
 causa pignoris, & cessat pigneratitia actio. aliter ac
 soluta sorte, & reliquis usuris. nam soluto sortis de-
 bito, propter quod obligatum fuit pignus, esse desit
 pignus, & sine causa retinetur ob usuras pro qua-
 rum securitate non est datum. idem vice versa est;
 si pignus sit dumtaxat datum in usuras, & hæc solutæ
 sint: nam solutis usuris pro quibus est constitutum,
 pignus: non superest pignus non pro sorte, sed pro
 usuris datum. quo igitur jure retineatur pro sorte
 pro qua non est datum? Utrique, si universæ solutæ
 sint: nam quamdiu aliquæ debentur, siue stipula-
 tione, siue pacto nudo, tamdiu cessabit actio pigne-
 ratitia: quia tamdiu perseverat pignus pro usuris
 datum. & tamen vel hoc recipit temperamentum,
 nisi promissa sorte sint ultra legitimum modum.
 nam hæc non debentur; quia sunt illicitæ. Sic Ulpia-
 nus *l. 11. §. 3. D. h. 1.* etiam Imperatores *l. 4. §. 1. 22.*
C. de usuris. Imo ut evitentur tenebræ quas hic Ul-
 piano facile offundat Rescriptum Gordiani ad con-
 sultationem cuiusdam Festi *l. unic. C. Etiam ob chiro-*
graphariam pecuniam pignus teneri posse. bene custo-
 diendi sunt utriusque termini. nam sunt diversi.
 Ain' tu? differentia liquebit apposisis Gordiani ver-
 bis. sunt autem hæc. *At si in possessione fueris constitu-*
tus: nisi ea (quoque) pecunia tibi a debitore reddatur
vel offeratur qua sine pignore debetur, eam restituere
propter exceptionem doli mali non cogaris. Jure enim
contendis debitores. eam solam pecuniam cujus nomine
ea pignora obligaverunt, offerentes audiri non oportere,
nisi pro illa etiam satisfecerint. quam mutuam simplici-
ter acceperunt: quod in secundo creditore locum non ha-
bet: nec enim necessitas ei imponitur chirographarium
etiam debitum priori creditori offerre. Ad Ulpiano
 differre hoc Gordiani thema, verissime monui. nam
 a Gordiano agitur de duobus debitis principalibus;
 cum ab Ulpiano agatur de uno principali & altero
 usurario, id est, accessorio. Id, si sapimus, negari nul-
 lo colore potest. Sed qua sit ratio differentiæ, non
 liquet. Aliquis putet, Gordianum, specie æquitatis,
 constituere novum jus, Ulpiano incognitum. Sed
 hoc si quis dicat, ei non assentiar: aliter enim se res
 habet. primum vide sis *d. l. 24. C. de usuris.* in qua re-
 tinetur Ulpiani sententia, posterior Rescripto Gor-
 diani. deinde apparet ex clavis Gordiani verbis, ab
 eo non fieri jus novum; sed ad factum referri de
 jure recepto. Quid ergo est? nihil restat; nisi ut di-
 camus, hic, ut alibi, non omnium quæ constituta
 sunt, rationem reddi posse: & ideo rationes eorum

quæ constituuntur, inquiri non oportere: alioquin
 multa ex his quæ certa sunt, subverti *l. 20. §. 21. D.*
de legibus. Quid, si addam, Veteres possessionem a-
 depto iusta ex causa, etiam alibi dedisse retentio-
 nem, donec ei satisfiat; licet alioquin non habeat
 pignus. Exemplum adduxi infra sub Titulo, *De Lege*
Rhodia de jactu, ad finem.

Ut igitur obtineat pigneratitia actio, vult Prætor,
 solutam esse pecuniam debitam. nec tamen nega-
 bit ei locum, ea non soluta, quoties perinde est, ac si
 soluta esset. complura extant ejus generis exempla:
 & quædam adfert Ulpianus *l. 11. §. 2. D. h. 1.* Unum
 est: Si quasi daturus tibi pecuniam, pignus accepero
 nec dederō. Siccine? Constat Ulpiano ratio: cogi-
 tantibus, quod, ut sit contractus pignoris, satis est,
 quid pignori datum esse. non sit igitur pig-
 nori obligatum, quod pignori datum est,
 ubi nihil debitum est: tamen nata est pignerati-
 tia actio; potestque ea quod pignori datum est, repe-
 ti optimo jure. Atqui non est soluta pecunia. recte
 mones. sed quid est opus solvi, quod non debetur.
 tenebor igitur pigneratitia, & nulla solutione facta:
 quia nulla necessaria, tantum sperato, non contracto
 debito Liqueat primum Ulpiani exemplum. Alte-
 rum tale est. Titius, accepta mutua pecunia, aliquid
 pignori dedit sub conditione. ea conditio defecit.
 non potest obligatum videri pignus, ubi defecit
 conditio. interim postquam pignori quid sub con-
 ditione est datum, perfectus est contractus pignoris;
 nec est, cur nequeat quod est datum pignori, actione
 pigneratitia repeti: quamvis soluta non sit pecunia
 debita. quia enim defecit pignoris conditio: pig-
 nori datum non magis pignori tenetur, quam si so-
 luta esset pecunia; cum pignus jure foret obligatum,
 existente conditio. Exemplum hoc Ulpiani alte-
 rum. Venio ad tertium. hoc quale? Titius Sempro-
 nio promisit centum, deditque ei rem pignori. mox
 Sempronius illi acceptum tulit debitum. potestne
 pignus repeti actione pigneratitia? Forte dices, de-
 bitum non esse naturaliter solutum. Sed quid refert?
 quando acceptilatione est extinctum civiliter *l. 107.*
D. de solutionib. hac sane ut non contingat naturalis
 solutio, utique debitum liberatur solutionis exem-
 plo *l. 5. D. de acceptilatione,* ideoque imaginaria so-
 lutio appellatur *§. 1. Inst. Quib. mod. tollitur obligatio.*
 Non igitur mirum est, hoc modo dari pigneratiti-
 am actionem; perinde ac si vera & naturalis solutio
 intervenisset. Superest in *d. l. 11. §. 2. p.* strenum
 Ulpiani exemplum. In eo proponitur esse debita
 pecunia; deinde intervenisse pactum, ne petatur.
 queritur, an locus sit actioni pigneratitiæ? certum
 est, adhuc debitum esse, & posse actione peti ipso
 jure. cæterum si petatur: sit adversus fidem pacti
 cui stari voluit Prætor. alioquin finit, eam elidi ex-
 ceptione. hoc facto: jam nihil interest, utrum debi-
 tum solutione sublatum sit ipso jure, an pacto per
 exceptionem: & recte Ulpianus, *d. l. 11. §. 2,* etsi
 pecunia non fuerit soluta, tamen quia perinde est,
 ac si soluta esset, facit pigneratitiæ actioni locum.
 Non dissimile exemplum est apud Paulum *l. 20. §.*
2. D. h. 1. Fac: debitum est creditori oblatum, eo-
 que recusante accipere, a debitore obsignatum &
 depositum. quid Paulus? nimirum, quia per credi-
 torem stetit, quo minus solveretur, propter similitu-
 dinem rationis, idem esse observandum, quod futu-
 rum esset, si solutio facta esset. non enim oportet a
 creditore pendere; ne liberetur debitor: paratus
 ei quod debet solvere. igitur si creditor sine
 causa recuset accipere oblatum debitum, &
 debitor ex more obsignatum deponat, etsi
 pro-

proprie non solvat, tamen juris interpretatione sol-
viffe intelligitur, eoque statim se & pignora, cate-
raque accessiones liberasse *l. ult. C. de lutione pig-
noris*. Imo Ulpianus, si debitor apud Prætorē in
jure offerat pecuniam quæ petitur, & creditor eam
nolit accipere: ait, quod Prætor ei denegat actio-
nes *l. 30. D. de solutionibus*. ac secundum hæc ex-
plicanda *l. 11. C. de usuris*: adhibita levi emenda-
tione quam tentavi *lib. 2. De fœnore & usuris c. 9.*
pag. 221. Plus Ulpianus *l. 9. §. ult. D. h. t.* ait, Qui
ante solutionem egit pignoratitia, non recte egisse:
& tamen si in iudicio offerat pecuniam, debere rem
pignoratam, & quod sua interest consequi. Supe-
rioribus exemplis addam novationem: quia ejus
quoque meminit Ulpianus *d. l. 11. D. h. t.* est au-
tem ea duplex: alia necessaria, alia voluntaria, illa
fit voluntate creditoris & debitoris: hæc lite cum
debitore contestata. est autem æquissimum, quod
Ulpianus *d. l. 1.* ait, Solutum non videri, si lis cum de-
bitore sit de ipso debito contestata, vel si fidejussor
sit conventus, nam cum inter invitos fiat litis con-
testatio, non fuit rationis, ut actor suam conditio-
nem faceret deteriore *l. 29. D. de novationibus*.
aliter ac fit in novatione voluntaria, per quam prin-
cipali debito creditoris voluntate sublato, sine du-
bio etiam sublata pignoris accessio est *l. 18. D. eod.*
tit. Optime igitur Ulpianus *d. l. 11.* Novata, in-
quit, debiti obligatio pignus perimit: & addit, Nisi
convenit, ut pignus repetatur.

Cæterum, ut appareat, actioni pignoratitiæ lo-
cum fieri soluto debito: ait tamen Paulus *l. 20. §.*
ult. D. h. t. Interdum, & si soluta sit pecunia, eam in-
hiberi, & est exemplum: si creditor a debitore pi-
gnus emerit. nam si debitor creditori pignus ven-
didit pro debito: venditio cedit pro solutione. ita
recessum est a contractu pignoris: ac si debitor po-
stea offerat debitum: non ob id aget pignoratitia:
quia consensu perfectam pignoris venditionem re-
vocare, salvo jure, non debet *l. 34. D. h. t.* imo de-
bitor, ubi sivit pignus apud creditorem manere ex
causa venditionis, ejus dominium creditori tradidit
quasi brevi manu. vice etiam versa, creditor, cum
a debitore non accepit debitum, sic habetur, ac si ei
pretium solvisset. ita si totum spectamus negotium,
perinde est, ac si creditor, soluto debito, pignus de-
bitori restituisset, ab eoque idem ex causa emptio-
nis soluto pretio recepisset.

Vix opus addi, parum referre Prætoris, volentis
solutam esse pecuniam, utrum soluta sit ipsi credi-
tori; an ejus voluntate alii, verbi gratia, procurato-
ri, vel servo exigendis pecuniis præposito. quod e-
nim alii solvitur ejus voluntate, ipsi solvi intelli-
gitur. Inde quærit Ulpianus *l. 11. §. 5. D. h. t.* si do-
mum conduxeris, & ejus parrem mihi locaveris, e-
goque locatori tuo pensionem solvero: an possim
adversus te pignoratitia experiri? Et putat, posse:
& si partem tibi, partem ei solvero, tantumdem di-
cendum esse. plane inquit Ulpianus, in vecta mea &
illata dumtaxat in eam teneri summam in quam
cœnaculum conduxisti, non enim credibile esse, hoc
convenisse, ut ad universam insulæ pensionem fri-
vola mea tenerentur, & addit, videri tacite cum
domino ædium hoc convenisse, ut non pactio cœ-
nacularii proficiat domino, sed sua propria.

Satis de soluto debito, ulterius nunc eundem est.
promittit enim Prætor debitori actionem pignera-
titiam etiam tum; cum creditori erit satisfactum.
Notat hoc Ulpianus *l. 9. §. 3. D. h. t.* & addit, sa-
tisfactum accipi, quemadmodum voluit creditor,
et si non sit solutum: siue voluit sibi aliis pignori-

bus caveri, siue fidejussoribus, siue reo dato, id est,
ex promissore dato, siue pretio aliquo, vel nuda con-
ventionē. imo generaliter, inquit Ulpianus, quoties
voluit creditor recedere a pignore, ei satisfactum
videri, si ut ipse voluit, sibi cavit, licet in hoc decep-
tus sit, nam ut ei non sit solutum, tamen cum ei est
satisfactum: non habet, cur queratur de debito li-
berato per satisfactionem quam ipse admisit pro
solutione, ea contentus. idem putemus; si ex pig-
nore creditor fructus aut pensiones percepit. non
enim lucratur perceptos fructus: (nisi contracta
antichresi de qua scripsi *lib. 2. De fœnore & usuris*
c. 9.) sed eos imputat debito. prorsus, ut si suffici-
ant ad totum debitum, quasi genere quodam com-
pensationis solvatur actio & reddatur pignus, quod
si fructus debitum excedant, etiam qui supererunt,
reddantur, si non attingant summam debiti, quod
perceptum est, debiti quantitate amittantur *l. 1. §.*
2. C. h. t. Quod de fructibus & pensionibus dixi,
pertinet ad quaecumque lucrum ex re pignolata
perceptum, fingit: (qui est casus *l. 18. D. h. t.*) ob-
ligatum tibi esse debitoris nomen, ait Paulus, id
polle fieri, & esse effectum hujus pignoris: ut tibi
ad exigendum debitum competat utilis actio: & si
ipse directa agam adversus debitorem; ei adversus
me competat exceptio. proinde si id nomen fuerit
pecuniarium, tuque id exegeris; ait Paulus, com-
pensaturum te exactam pecuniam cum principali
debito. quod si nomen fuerit alicujus corporis; id
est, si debitum fuit aliquod corpus: id quod accepe-
ris non compensabis, quia corpus non admittit
compensationem; sed retinebis id pignoris loco.
Est & alia species quæ huc pertinet in *l. 22. pr. §.*
1. D. h. t. & quidem duplex: sed suffecerit, prio-
rem exposuisse: quia altera inde clarebit ultro. Ec-
ce: surreptum creditori pignus est. is creditor egit
actione furti, & consequutus duplum aut quadru-
plum, ait Ulpianus, creditorem, quidquid percepe-
rit, debito imputaturum; & Papinianum hoc con-
fiteri: id est, affirmare. Sic: si tertius furtum fece-
rit, sed quid, si ipse debitor fecerit? ait Ulpianus,
quod ipse debitor creditori præstitit actione furti,
non oportere ei restitui: quia ob furtum præstitit,
& est ratio differentię justa: nam in priore casu non
erat æquum, creditorem quid ex pignore lucrari; in
posteriore contra non erat utile, a creditore debito
imputari quod pro furto ipse præstitit debitor;
quia alioquin foret circulus; si quod una manu de-
derat, altera reciperet: cum impunitionem esse furtum
non oporteat.

Sed apparet, actionem pignoratitiam etiam cre-
ditori dari, cum ei aliter, quam per solutionem, erit
satisfactum. & est hoc verum tum, si volenti credi-
tori satisfecit debitor, nam si non solvere, sed alia
ratione satisfacere, paratus est: nihil ei prodesse,
Gajus ait *l. 10. D. h. t.* idem Ulpianus censet *l. 6.*
§. 1. D. Quibus modis pign. vel hypothec. solvitur. &
præfatur, quod sibi imputare debet creditor qui satis-
factionem admisit vice solutionis. at qui non admittit
satisfactionem, sed solutionem desiderat, culpandus non
est.

Reliquum est, quid veniat in actionem pigne-
ratitiam. Id vero docet Papinianus *l. 40. §. 2. D.*
h. t. debere, inquit, creditorem, soluta pecunia,
pignoris possessionem quæ corporalis apud eum
fuit, debitori restituere: nec quidquam amplius
præstare. Ulpianus tamen ait, etiam debere credi-
torem, cum pignus reddit, debitori repromittere de
dolo; & si prædium fuit pignoratitum, & de jure
ejus: ne forte servitutes, cessante uti credi-
tore,

tores, amissæ sint l. 15. D. h. t. Recte : nam hæc ad effectum restituendæ possessionis, quam plenam intendit Papinianus, pertinent; neuter plus postulat. Igitur æque bene Ulpianus l. 9. §. ult. D. h. t. ait, in hoc iudicium venire rem pignoratam, & si quid intersit, finge, (omittam enim modo tradita de dolo, & amissis non utendo servitutibus) creditorem male tractasse res pignoras, vel debilitasse servos pignoratos: etsi reddat, tamen tenebitur ex natura iudicii bonæ fidei: in quo dicitur res non reddita quæ deterior redditur. Quamquam hoc ita verum: si fecerit dolo aut culpa. nam si jure suo usus, damnum dedit sine culpa, non tenebitur: ut si pro maleficio coërcuit, vel vinxit, vel obtulit Præfecturæ, id est, Præfecto urbi, vel Præsidi l. 24. §. ult. D. h. t. aut si aliter læsit casu. Culpam autem quemadmodum accipimus? utrum levem, ut in empto, locato, societate, dote: an levissimam, ut in commodato? Ulpiano in l. 5. §. 2. D. Commodati placet, levem accipere. quo argumento? hoc certissimo, quod in pignore vertitur utriusque & creditoris & debitoris utilitas: ut in empto, ut in locato, ut in societate, ut in dote: ideoque est par in omnibus ratio præstandæ dumtaxat levis culpæ. Atqui idem Ulpianus l. 13. §. 1. D. h. t. sic scribit: *Venit autem in hac actione (pigneratitia) & dolus & culpa, ut in commodato; venit & custodia: vis major non venit.* Noli putare, optimum Ulpiani locum vexat manifestum scripturæ vitium, sequente sanandum modo: *Venit autem in hac actione & dolus & culpa, at in commodato venit & custodia vis major non venit.* Sic conjicio; & eo probabilius: quia hæc emendatio constat mutatione admodum exigua fore unius literæ. accedit, quod in l. 14. mox sequente ei convenientissime sic ex Paulo subjicitur: *Ea igitur qua diligens paterfamilias in rebus suis præstare solet, a creditore exiguntur.* Aptum inde ac firmum meæ argumentum conjecturæ; & quod posset sufficere: sed ne alicui relinqueretur scrupulus vel minimus, lubet præterea addere, quod ipse Ulpianus (& quis sit fidelior meliorque de ejus sententia scripturaque aut testis aut iudex?) in d. l. 5. §. 2. & sensu & modo plane eodem ei qui est meæ emendationis, facit discrimen utriusque actionis, pigneratitiæ & commodati, in his verbis, *Sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in empto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, & dolus & culpa præstatur.* Commodatum autem plerumque *solum utilitatem continet ejus cui commodatur. & ideo verior est Quinti Mutii sententia, existimantis & culpam præstandam & diligentiam.* Res evidentissima, jam observata a me olim lib. 1. Probabil. c. 4. & post lib. 4. c. 3. ubi, quæso, vide: & proderit vidisse ibi expositam insuper l. 19. C. de pignoribus, aliaque loca obscura & difficilia h. t. Codicis hac in parte.

Venit igitur in actionem pigneratitiam (huc enim redeo) ipsa res. quid si vendita a creditore sit, & pluris, quam ei debebatur? jam cogitur creditor iudicio quod de pignore dato proponitur, debitori restituere superfluum pretium cum usuris: ut convenit bonæ fidei. quid si velit emptorem debitori delegare? non esse audiendum, ait Papinianus l. 42. D. h. t. & pro ratione addit, *Cum in venditione, qua (rite) fit, ex facto suum creditor negotium gerat.* Sic Florentiæ editur. sed ingeniose Cujacius legit, *ex pacto.* nec desunt alibi exempla mutati utriusque verbi, *ex facto & ex pacto.* Ego certe in l. 6. C. de solutionibus simile deprehendi lib. 2. Oberv. c. 24. & aliud dedit Dominus van Bynkershoek lib. 1. Oberv. c. 7. in l. 22. C. de negotiis gestis. Sensus Papi-

niani: Quod in pignoris venditione a creditore facta ex pacto de distrahendo pignore (quod in l. 4. C. hoc tit. dicitur *vulgare pactum*) creditor non gerit debitoris negotium, sed gerit negotium suum. ita non est causa, cur invitus cogatur debitor delegatione creditoris mutare actionem, & alium sibi admittere debitorem. aliter ac si creditor gessisset debitoris negotium; nec ejus culpa argui posset. At his resistit Ulpianus l. 24. §. 2. D. h. t. Sed non resistere facile intelligetur: cogitantibus, duplicem esse dubitationem; unam, an creditorem oporteat debitori reddere superfluum pretii: alteram, quando oporteat creditorem debitori superfluum reddere. ad priorem quæstionem respondet Papinianus d. l. 42. ad posteriorem Ulpianus d. l. 24. §. 2. ait igitur Papinianus, creditorem teneri, debitori reddere superfluum; nec posse invito debitori delegare nomen emptoris. Ulpianus vero ait, creditorem non esse obligatum, debitori superfluum pretii restituere ante, quam id ab emptore exegerit: propterea quod non debet id de suo solvere. quod si debitor recuset expectare emptoris solutionem, scilicet, quod suspecta ei sit creditoris negligentia: posse a creditore accipere mandatas actiones, quibus ipse adversus emptorem experiat. Hoc mihi videtur; nec opus addi, interesse inter emptor & nomen debitori a venditore seu creditore delegatum, & actiones debitori a venditore mandatas adversus emptorem. Ultro enim apparet, novationem altera in specie fieri: in altera non fieri. Addam potius, quod Pomponius l. 6. §. 1. D. h. t. Si, inquit, *creditor pluris fundum pignoratim vendiderit, si id fœneret, usuram ejus pecunia præstare debet ei qui dederit pignus. sed & si ipse usus sit ea pecunia, usuram præstari oportet. quod si eam depositam habuerit, usuras non debet.* Huc usque de actione pigneratitia directa.

Succedit contraria; sic dicta, quia contra, id est, vicissim datur. indicat hanc Rubrica, *De pigneratitia actione vel contra:* similis Rubricæ, *Commodati vel contra.* sicut igitur pigneratitia, id est, directa pigneratitia, debitori datur adversus creditorem: sic creditori adversus debitorem vicissim competit contraria: suadente natura actionis personalis ex contractu §. 1. *Inst. de actionibus:* idque certum esse, Paulus auctor est l. 16. §. 1. D. h. t. Extant hujus actionis complura themata: sed defungar paucis. Sit primum; Debitor rem alienam, vel alii pignoratam, vel in publicum obligatam, creditori dedit pignori. ait Paulus, debitorem creditori hac actione teneri. ad quid? puto, ad id quod ejus intersit. maxime autem hoc verum est, auctore eodem Paulo d. loco; si debitor eam pro propria & libera creditori dedit ignoranti. nam sic malitiose fecit; ut dicitur in l. 9. D. h. t. certe contra bonam fidem. solet enim pactis pignorum inseri, quod pignori datur, esse liberum: item, debitorem aliis nihil debere, nec esse debiturum sub eodem pignore: æque, quod pignori datur, esse proprium, quod si nihil horum sit conventum, tamen quia sic conveniri moris est, pro convento habetur in bonæ fidei iudicio, quale est pigneratitium. recteque debitor hoc nomine tenetur contraria pigneratitia actione: sive sciens, sive ignorans, rem talem esse, eam pignori dederit creditori, modo ignoranti: quia non convenit bonæ fidei ignorantem a debitore, qui professus est, se rem propriam aut liberam dare, & nunc mendacii arguitur, eo modo circumveniri. Non idem est, si creditor alienum, vel obligatum, vel mortuosum, sciens accepit. nam tum negat Paulus, ei competere contrarium iudicium: quia eo contentus fuit,

certe deceptus non est. ceterum, si ignorantem creditori debitor sciens alienum dedit; ait Paulus, eum, præter contrarium iudicium, etiam de stellionatu teneri, quamvis si ignorans alienum dederit, propter ignorantiam, a stellionatu excusetur. sed, ut dixi, quantum ad contrarium iudicium, non refert, utrum sciens, an ignorans dederit, verum utrum scienti, an ignorantem dederit. Fuit & de eo quaesitum l. 32. *D. h. t.* an possit creditor cum debitor qui alienam rem pignori dedit, contraria pignoratitia agere, si solvendo sit debitor. poterat enim dici: quod hic cessaret causa contrariae actionis, ad hoc positæ; ut creditor habeat quod sua intersit, non esse sibi datam rem alienam: in proposito autem non interest creditoris, si solvendo sit debitor: etsi ei pignori dederit rem alienam. Sed contra placuit Marciano d. l. 32, etiam hic creditori competere contrarium iudicium: propterea quod in tot humanis casibus ejus semper interest, potius pignori incumbere quam tantum agere adversus personam debitoris l. 25. *D. de regulis juris*: qui potest cras esse pauper, ut hodie sit dives. jam si naturale debitum est; quod non potest peti, deficiente actione: interest procul dubio creditoris, hac in specie habere pignus; etsi solvendo sit debitor. Habes exemplum unum contrariae actionis.

Nunc alterum accipe ex l. 3. *D. h. t.* id tale est.

Creditor debitori reddidit pignus, quasi debitam pecuniam recepturus ab eo cominus; id est, statim: ut hic bene observavit inter alios Cujacius lib. x. *Observ. c. 39.* Creditor, inquam, debitori reddidit pignus, quasi recepturus ab eo cominus pecuniam debitam. is debitor, quod præ se ferebat, non solvit pecuniam: sed pignus a creditore receptum per fenestram misit, excepturo eo quem de industria ad id posuerat. Non dubium est, quin debitor creditori fecerit furtum possessionis: eoque & furti & ad exhibendum teneatur. sed de contraria pignoratitia videtur ambigi: quasi non habeat locum, restituto pignore, & finito contractu. Sed Pomponius ait, adhuc locum fore actioni contrariae. ac si ei objiciatur exceptio, Extra quam si redditum pignus sit: optime replicari de dolo & fraude, per quam non redditum: sed per dolum & fraudem pignus ablatum sit.

Alius casus est in l. 8. *D. h. t.* cujus ideo apposui verba, quia complura observant, minime contemnenda. *Si necessarias impensas fecerim in servum aut in fundum, quem pignoris causa acceperim, non tantum retentionem, sed etiam contrariam pignoratitiam actionem habebo. Finge enim medicis, cum agrotaret servus, dedisse me pecuniam, & eum decessisse: item insulam fulsisse, vel refecisse, & postea densam esse; nec habere quod possim retinere.*

LIBER DECIMVS QVARTVS.

TITVLVS I.

De exercitoria actione.



Exposito superioribus libris mutuo, commodato, & pignore, poterat hoc expectari depositum; nam is contractus ex quatuor qui re contrahuntur, adhuc superest. sed Prætor occasione pignoris, alteri obligationi plerumque accessorii, rejecto in alium locum deposito, maluit hic subijcere aliquot formas obligationum, non tam aliquam producturas actionem, quam alii addituras qualitatem novam & jure civili incognitam. Paulus in l. 19. *D. de in rem verso* has idcirco adjectiones appellat. Nec inutile fuit Prætoris consilium, per has promittentis adversus alium, quam qui contraxerit, actionem, nam ex suo quisque facto poterat jure civili conveniri: ex alieno conveniri nemo poterat. hoc vero ut erat justum, ubi nulla ejus qui conveniebatur, intervenerat voluntas aut palam aut tacite: (videlicet, ne alterius negotiatione alteri noceretur) ita visum est Prætori non iniquum, cum ab alio esset contractum ex alterius consensu, creditorem subtilitate juris non deludi: sed illi, quatenus alterius negotiationi ab aliquo consensum intelligeretur, adversus eum actionem indulgere. placebunt quas adferam, species Prætoriae humanitatis.

Primum exhibet Titulus præsens *De exercitoria actione*, de qua duo fuere Edicti capita. & priore sic edixit Prætor: *Quod cum magistro navis gestum esse dicatur, ejus rei nomine cui ibi præpositus erit, de eo adversus exercitorem iudicium dabo.* Hoc caput collegi ex l. 1. pr. §. 7. & l. 2. *h. t.* ait autem in pr. d. l. 1. Ulpianus, Utilitatem hujus Edicti patere, neminem esse qui ignoret. nam cum interdum ignari cujus

sint conditionis vel quales, cum magistris propter navigandi necessitatem contrahamus; æquum fuisse, eum qui magistrum navi imposuit, teneri: ut teneatur qui institorem tabernæ vel negotio præposuit. imo ait, esse majorem necessitatem contrahendi cum magistro, quam cum institore, quippe rem pati, ut de conditione institoris quis dispiciat, & sic contrahat: in navis magistro non ita, nam interdum locum, tempus, non pati plenius deliberandi consilium. Promittitur igitur a Præторе exercitoria actio si exercitor navi suæ imposuit magistrum; & cum eo quid gestum, si contractum est de eo cui ipse præpositus sit. Exercere navem esse, habere navem ex qua habeas quaestum, ostendi lib. 1. *Observ. c. 10.* & lib. 1. *De usufr. c. 7.* Inde exercitor is ad quem obventiones & reditus omnes perveniunt, si is dominus navis sit, si a domino navem per aversionem conduxit, vel ad tempus vel in perpetuum l. 1. §. 15. *h. t.* Parvi autem refert, qui exercet, masculus sit, an mulier, paterfamilias, an filiusfamilias vel servus, pupillus autem si navem exerceat, exigemus tutoris auctoritatem d. l. 1. §. 16.

Obtinet igitur exercitoria actio, si exercitor navi imposuit magistrum; & cum eo sit contractum. Navis autem appellatio proprie marinam indigitat. sed Ulpianus eam exigens ad mentem Prætoris similitudine rationis in d. l. 1. §. 6. *Navem*, inquit, accipere debemus, siue marinam, (siue fluviatilem) siue in aliquo stagno naviget, siue schedia sit. Porro magistrum accipere debemus eum cui totius navis cura mandata est d. l. 1. §. 1. Et est rationis, ex ejus contractu teneri exercitorem; quia cum navi imposuit sua

sua voluntate, eaque re sivit, cum eo contrahi; certe decipi non debent hi qui cum ipso contraxerunt. Sic in magistro jus est. quod si cum quolibet nautarum sit contractum, non datur actio in exercitorem. Poterat quem morari, quod ex delicto cujusvis eorum qui navis navigandæ causa in nave sint, datur actio in exercitorem. Sed contra Ulpianus, alia, inquit, est contrahendi causa, alia delinquendi: siquidem qui magistrum præponit, contrahi cum eo permittit: qui nautas adhibet, non contrahi cum eis permittit, sed culpa & dolo carere eos, curare debet *d. l. 1. §. 2.* Tenetur igitur exercitor non ex contractu nautarum, sed ex contractu magistri quem navi præposuit: quia ex voluntate sua eum teneri, æquum est: sine voluntate sua eum teneri, non est æquum. Cujus conditionis sit magister, nihil interest: utrum liber, an servus: & utrum exercitoris, an alienus: sed nec cuius ætatis sit, intererit: sibi imputaturo eo qui præposuit *d. l. 1. §. 3.* Facile, inquit aliquis, hæc concedo in magistro navi imposito ab exercitore ipso. sed quid, si magister alium sibi substituerit? Ulpianus *d. l. 1. §. 5.* sic scribit: Magistrum accipimus non solum quem exercitor præposuit, sed & eum quem magister: & hoc consultus Julianus in ignorante exercitore respondit. cæterum si scit & passus est, eum in nave magisterio fungi, ipse eum imposuisse videtur, quæ sententia mihi videtur probabilis. omnia enim facta magistri debet præstare qui eum præposuit: alioquin contrahentes decipientur: & facilius hoc in magistro, quam in itinere, admittendum propter utilitatem. Quid tamen, si sic magistrum præposuit, ne alium ei liceret præponere? an adhuc Juliani sententiam admittimus, videndum est: finge enim, & nominatim eum prohibuisse, ne Titio magistro utaris. dicendum tamen erit, eo usque reducendam navigantium utilitatem.

Illud sileri non vult Ulpianus *d. l. 1. §. 7.* quod non ex omni causa in exercitorem datur actionem Prætor: sed dumtaxat ejus rei nomine, cujus ibi præpositus fuerit: id est, si in eam rem præpositus sit, ut puta si ad onus vehendum locatum sit; aut aliquas res emerit utiles naviganti, vel si quid reficiendæ navis causa contractum vel impensum est, vel si quid nautæ operarum nomine petent. Inde quaeritur §. 8. si mutuam pecuniam sumptit: an ejus rei nomine videatur gestum? & ait, Pegasus existimare, si ad usum ejus rei in quam præpositus est, fuerit mutuatus, dandam actionem: eamque sententiam se putare veram: subiecta hac ratione; Quid enim, si ad armandam instruendamve navem, vel nautas exhibendos, id est, alendos, mutuatus est? Inde quaeritur esse ait ab Ofilio, si ad reficiendam navem mutuatus, nummos in suos usus converterit, an in exercitorem detur actio? Ofilium autem dicere, si hac lege accepit, quasi in navem impensurus, mox mutavit voluntatem, teneri exercitorem, imputaturum sibi, cur talem proposuerit: quod si ab initio consilium cepit fraudandi creditoris, & hoc specialiter non expresserit, quod ad navis causam accipit, contra esse, eamque distinctionem a Pedio probari. Insuper addit Ulpianus §. 10. *d. l. 1.* si in pretiis rerum emptarum fefellit magister: fore exercitoris damnum, non creditoris. Et in §. 11. si ab alio mutuatus, liberavit eum qui in navis refectioem crediderat, putat Ulpianus, etiam huic dandam actionem, quasi in navem crediderit.

Sed bene animadvertendum, cui rei præpositus sit magister: nam præpositio certam legem dat contrahentibus. ac si exercitor eum præposuit navi ad

hoc solum, ut vecturas exigat, non ut locet, quod forte ipse locaverat, non tenebitur exercitor, si magister locaverit: vel si ad locandum tantum, non ad exigendum, idem erit dicendum. aut si ad hoc, ut vectoribus locet, non ut mercibus navem præstet, vel contra, modum egressus, non obligabit exercitorem, sed & si ut certis mercibus eam locet, præpositus est, puta legumini, cannabæ: ille marmoribus vel alia materia locavit: dicendum erit, non teneri. quædam enim naves onerariæ, quædam (ut ipsi dicunt) *ἐπιβατηριοί*, id est, vectorum ductrices sunt. & plerisque mandare scio, ne vectores recipiant; & sic, ut certa regione, & certo mari negotietur: ut ecce sunt naves quæ Brundisium a Cassio-
pa, vel a Dyrrachio vectores trajiciunt, ad onera inhabiles; item quædam fluvii capaces, ad mare non sufficientes *d. l. 1. §. 12.* Dies non sufficit enumeraturo omnes præpositionum formas: nec tamen prætermittam hoc ex §. 13. *d. l. 1.* si plures sint magistri, non divisis officiis, quodcumque cum uno gestum erit, obligabit exercitorem: si divisis, ut alter locando, alter exigendo, pro cuiusque officio obligabitur exercitor. sed & si sic præposuit, ut plerumque faciunt, ne alter sine altero quid gerat, qui contraxit cum uno, sibi imputabit *d. l. 1. §. 14.*

Dixi, quando obtineat exercitoria actio, nec minus, cui competat: apparet enim a Prætoris promitti ei qui cum magistro contraxit de ea re cui præpositus sit.

Porro addam, dari adversus exercitorem: nam hunc Prætor indigitat. Ut tamen nobis electio sit: utrum exercitorem, an magistrum convenire velimus. hoc enim clare præcipit Ulpianus *d. l. 1. §. 17. h. t.* & ideo (sic deinde subjicit in §. 24.) si cum utro eorum actum est, cum altero agi non potest. sed si quid sit solutum, si quidem a magistro, ipso jure minuitur obligatio: sed & si ab exercitore, siue suo nomine, id est, propter honorariam obligationem, siue magistri nomine solverit, minuetur obligatio: quoniam & alius pro me solvendo me liberat. Quamquam autem Prætor actionem demum polliceatur, si cum magistro ejus gestum sit: tamen (ut Julianus quoque scripsit) etiam si cum ipso exercitore sit contractum, pater dominusve in solidum tenetur *d. l. 1. §. 23.*

Datur igitur ei qui cum magistro contraxit exercitoria actio adversus exercitorem. sed observandum quod in §. 18. *d. l. 1.* sic scribit Ulpianus: Ex contrario exercenti navem adversus eos qui cum magistro contraxerunt, actio non pollicetur: quia non eodem auxilio indigebat. sed aut ex locato cum magistro, si mercede operam ei exhibet: aut si gratuitam, mandati agere potest. Solent plane Præfecti propter ministerium annonæ, item in provinciis Præsides provinciarum, extra ordinem eos juvare ex contractu magistrorum.

Reliquum est, ut dicam, ad quid detur exercitoria actio. puta autem, dari in solidum ejus de quo actum est: quia infinitus est Prætoris sermo, *judicium dabo*; nullo adjecto modo: sicut & in solidum exercitor contrahenti consensit magistro. Sit ita: si unus exerceat navem: sed quid, si plures eam exerceant? ait Ulpianus *d. l. 1. §. ult.* cum quolibet eorum in solidum agi posse. videlicet, ne in plures adversarios destingatur qui cum uno contraxerit *l. 2. h. t.* nec quidquam facere ait Paulus *l. 3.* quotam quisque portionem in nave habeat, additque, eum qui præstiterit, societatis judicio a cæteris consecuturum. Si tamen plures per se navem exerceant, proportionibus exercitationis conveniuntur: neque enim invicem sui magistri videntur *l. 4. d. t.* Tan-

Tantum de priore Edicti capite. posterius in d. l. 1. §. 19. hoc modo proditur ab Ulpiano: *Si is qui navem exercuerit, in aliena potestate erit, ejusque voluntate navem exercuerit, quod cum magistro ejus ge-*

stum erit, in eum in cuius potestate is erit, qui navem exercuerit, iudicium dabo. Tenes Edicti tenorem, explicationem accipe ab Ulpiano d. l. 1. §. 20. & seqq.

TITULUS II.

De lege Rhodia de jactu.

Titulum De exercitoria actione excipit Titulus De Lege Rhodia de jactu: occasione rei maritimæ ad quam spectavit exercitoria actio, hanc feriem commendante. Nomen Legi Rhodiæ fecit Urbs Rhodus, sita in insula ejusdem nominis, una ex insulis Cycladibus in mari Ægeo. A. Gellius lib. 7. Noct. Attic. c. 3. eam civitatem & insulæ opportunitate, & operum nobilitate, & navigandi solertia, navalibusque victoriis celebratam esse, attestatur. Florus lib. 2. c. 7. nauticum populum dicit, præter cætera laudatur a Strabone ejus diligentia prudentiaque circa res & leges nauticas. Ita non mirum, Populum Romanum qui ante primum bellum Punicum (auctore Floro d. lib. 2. c. 2.) non attigit res nauticas, nec de his posuit Leges in Duodecim Tabulis aut alias, non indignum sua majestate existimasse, egregiis uti legibus socii & amici Populi: quatenus suis non adversarentur. Sed hoc Imp. Augustum, & postea Antoninum, judicasse, auctor est Volusius Mæcianus l. 9. D. h. t. in qua (quod obiter addam) injecta mentio naufragii in Italia facti, & prædæ publicanorum Cyclades insulas inhabitantium, non sine ratione sæpe & multum exercuit Viros Doctos: animadverso spatio inter Italiam & Cyclades insulas nimis magno. Sed evanescet difficultas; si pro Italia legatur *Æthalia*. sic res desiderat, & tentavi ego lib. 1. Obsev. c. 13. ubi vide: si est tanti.

Lege Rhodia de jactu, cujus explicationem promittit Rubrica, ait Paulus l. 1. h. t. caveri: *Ut si levanda navis gratia jactus mercium factus est, omnium contributione sarciantur quod pro omnibus datum est.* Utilitas Legis vix eget commendatione: ultro enim se ostendit, non tamen piguit Paulum l. 2. in fin. pr. præfari, æquissimum esse, fieri commune detrimentum eorum qui propter amissas res aliorum consecuti sunt, ut merces suas salvas haberent. Ut ad rem veniam: Lex contributionem indultura damnum in nave passis tempestate duo desiderat: nempe, jactum mercium navis levandæ gratia esse factum: & hunc jactum cæteris profuisse, nave salva. primum vult, jactum mercium esse factum, & quidem navis levandæ gratia, ita non est contenta damno in nave obveniente: sed quærit, an damnum sit navis levandæ causa factum, & ut dixi, jactu mercium. sunt igitur angusta Legis verba: sed, ut fit, latius porrecta est ejus sententia: suadente æquitate, in pari causa par jus servari, etiam cum deficient verba. exemplum tale apud Callistratum l. 4. D. h. t. Navis onusta non poterat cum onere intrare portum vel flumen. idcirco necesse fuit, merces quasdam trajici in scapham; ne navis aut extra flumen, aut in ipso ostio, vel portu periclitaretur. scapha est cum mercibus submersa. an debet ratio haberi inter eos qui in nave merces salvas habent cum his, qui suas in scapha perdidit? non sinunt verba Legis, non facto mercium jactu: quem illa, ut contributio fiat, desiderant. nihilominus intererat omnium, communi periculo occurri exoneratione

Noct. Operum Tomus II.

partis mercium in scapham immisissæ. hoc vero Lex intendit. æquum igitur est, quamquam deficient Legis verba, perinde ex ejus mente fieri contributionem, ac si jactura facta esset. Alius casus est in d. l. 4. §. 2. Ecce: de nave factus est aliquantum mercium jactus. aliæ in nave remanserunt. hæ factæ sunt deteriores: non quod in angulo alicubi jacerent, & unda penetravit: (tale enim damnum tangeret mercium dominum; alios non tangeret) sed quod per jactum denudatæ, ad spargine aquæ sunt conspurcatæ, & viliores factæ. Quæritur, an domino hac causa damnum passo, conferri debeat? fateor; non sunt jactæ merces: quod Lex postulat, denudatio tamen præstitit damnum; eaque contigit propter jactum. in summa vero quid interest, jactas res meas amiserim, an nudatas deteriores habere cœperim? placet igitur, perinde subveniri domino qui merces suas, propter jactum, deteriores habere cœperit, ac subvenitur ei qui eas jactu perdidit.

Sed contributio se, ut dixi, non adstringit ad jacturam, ne mercium quidem. plura solatur damna: etsi Lex tantum de jactis mercibus loquatur; nec alias res, aliosve casus attingat. Ne exemplum quæstioni sit: pone in l. 3. D. h. t. arborem casam. (sic malus appellatur, ut in l. 5. §. 1. d. t. & apud Petronium, Satyr. c. 114. ne quis poëticum ejus verbi usum esse opinetur) est præterea in d. l. 3. exemplum in dejecto alio navis instrumento: puta velo, antemna, gubernaculo, remis; dum in his damna contigerint navis levandæ causa. clare sic in d. l. 3. Papinianus: *Cum arbor, aut aliud navis instrumentum removendi communis periculi causa dejectum est, contributio debetur.* Eodem modo apud Hermogenianum d. l. 5. §. 1. fit mentio *arboris case*. quem in finem? *ut navis cum mercibus liberetur.* & additur, quod propterea æquitas contributionis habebit locum. Ita putemus, damno in nave facto, unam esse Legis sollicitudinem: utrum sit communis periculi avertendi causa factum ac si id sit, qualecumque dicatur damnum, facit contributioni locum; sin aliud, negat: quantumvis sit in nave factum. ac secundum hæc danda sine dubio lux Paulo in l. 2. §. D. h. t. Verba Pauli: *Conservatis mercibus deterior facta est navis, aut quid exarmavit, nulla facienda est collatio: quia dissimilis earum rerum causa sit, quæ navis gratia parentur.* & earum pro quibus mercedem aliquis acceperit. nam & si faber incidem aut malleum fregerit, non imputaretur ei qui locaverit opus. sed si voluntate vectorum, vel propter aliquem metum id detrimentum factum sit, hoc ipsum sarciri oportet. Aliquem vexet hæc locutio, *Si navis quid exarmavit.* Sed est similis apud Senecam, Epist. 10. ubique in Notis probata a Justo Lipsio V. Cl. Igitur tempestate deterior facta est navis; puta, rupta, fissave, aut quid exarmavit: id est, amisit aliqua armamenta. faciem tempestatis sic describit Perronius d. c. 114. *Peragit interim tempestas mandata fatorum, omnesque reliquias navis expugnat. Non arbor erat relicta, non gubernacula,*

Z

non

non funis, aut remus, sed quasi rudis atque infecta materia ibat cum fluctibus. In tali tempestate navis quid exarmavit, aut deterior facta est, conservatis mercibus. an est detrimentum navis mercium contributione sarcendum? Negat Paulus: & hanc adfert causam. *Quia dissimilis earum rerum causa sit, quæ navis gratia parentur, & earum, pro quibus mercedem aliquis acceperit.* Impedita est Pauli causa. Imo Cujacio lib. 23 *Observ. c. 35.* est suspecta: usque adeo, ut non vereatur, pro dissimilis substituere similis. usus ille est sua ratione. mea si uti mihi licebit: retinebo veterem lectionem, *dissimilis*: pro qua stant libri omnes. rem putemus. Lex Rhodia ad quam exigendus Pauli sensus, non sinit, collationem fieri ex servatis mercibus: præterquam ut sarcatur damnum ad earum conservationem factum. hunc finem non invenit præsens casus. minime. in eo nocuerit tempestas navi aut armamentis, a nautâ paratis, ut possit merces transvehere, & pro his mercedem accipere. cum tamen collationem petit reparando damno navis aut armamentorum; non petit sarciri damnum ob servandas merces factum. sit igitur id oneri eorum domino: at ne incumbat his quorum merces sunt: nam hi non sunt domini navis aut armamentorum; at neque pro eorum periculo quid sunt polliciti: ideoque sola solutione mercedis, pro transvectione mercium conventæ, optimo jure defunguntur.

Aliquod attuli Paulo lumen: sed ut clarius sit, subjiciam Julianum l. 6. h. t. eadem via exeuntem. Verba Juliani: *Navis adversa tempestate depressa, ictu fulminis deustis armamentis, & arbore & antemna, Hipponem delata est, ibique tumultuarius armamentis ad præsens comparatis, Ostiam navigavit, & onus integrum pertulit.* Quæsitum est, an hi quorum onus fuit, nautæ pro damno conferre debeant? Respondit, non debere: hic enim sumptus instruendæ magis navis, quam conservandarum mercium gratia factus est. Christophorus Colerus, V. CL. lib. sing. *Parerg. c. 19.* deliberat, præstetne, pro *Navis depressa* scribi, *Navis deprensa*. illum movet, quod *deprendere* est verbum proprium nautarum, cum tempestate occupantur: idque aliquot Veterum testimoniis pulchre confirmat. Quod tamen mirere, contra putat, satis Latine *depressam* dici navem pro *submersa*: sicut fit in l. 7. h. t. Atque hoc mavult, recusatque idcirco in d. l. 6. recedere a recepta lectione. Sed vereor; ne fallatur Vir ille eruditus: hac ratione, quæ est evidentissima quod in d. l. 6. navis Hipponem delata esse dicitur. quod a depressa, sive submersa nave longe abest. proinde non permitto mihi, ne pro *Navis depressa* Juliano restituam. *Navis deprensa* idque post hæc scripta, ac prælo jam parata, etiam observasse V. CL. Richardum Bentlejum, Notis ad Horatium lib. 1. *Carm. Od. 14. vers. 10.* adductis similiter ejus locationis exemplis, lubenter animadverti. Non opus, hic iterum admoneri, Julianum in d. l. 6. *arborem* ponere pro *malo*: quod in antecessum factum. Illud non omitam, quod de armamentorum deustione ictu fulminis facta ait Julianus, posse juvari ex Seneca lib. 2. *Natur. quæst. c. 40.* Hæcobiter & quasi in transitu. Species talis: Navis adversa tempestate deprensa (sic enim malim legi) ictu fulminis deustis armamentis, & arbore; sive malo, & antemna, delata est in portum Hipponensem qui est in Africa, ibique tumultuariis armamentis ad præsentem usum comparatis, Ostiam (Minucio Felici in Octavio dicitur civitas amcenissima in Italia apud Romam) navigasse, & onus integrum pertulisse. Quæsi-

tum est, an hi quorum onus fuit, debeant nautæ pro damno navis & armamentorum conferre? Julianus negat, hac certa ratione; quod ubi armamenta tumultuaria comparabantur, jam desierat periculum tempestatis. fuere enim empta in portu Hipponensi in quo secura erat navis, nec causa aut factus aut contributionis. itaque Julianus considerate respondit, hunc sumptum magis instruendæ navis, quam conservandarum mercium gratia factum esse. Quod cum Paulo in d. l. 2. §. 1. congruit, nam & ille eodem sensu ait, esse dissimilem causam earum rerum quæ navis causa parentur, ut armamenta, verbi gratia, & earum (puta rerum) pro quibus transvehendis mercedem aliquis, id est, magister navis, aut exercitor, acceperit. videlicet hic aut ille, amissis tempestate armamentis navis instruendæ gratia comparatis, damnum quidem facit, amittens sibi atque in usum suum necessaria: sed sic nihil amittit pro conservatione mercium; ad quod damnum unice respicit Lex Rhodia contributio. sufficit igitur vectoribus, mercedem solvere quam pro transvectione mercium promiserunt: sed non habent necesse, præterea facere contributionem pro comparandis reficiendisve armamentis, ad navem instruendam necessariis. non magis, quam faber, conducto opere, si aut incidem frægerit aut malleum, habet jus a locatore petere, id instrumentum sibi reparari: cujus ille neque dominus est, ut ejus periculo sit, neque restitutionem promissit, ut ad impensas reparationis teneatur. Restant in d. l. 2. §. 1. sequentia Pauli verba: *Sed si voluntate vectorum vel propter aliquem metum id detrimentum factum sit, hoc ipsum sarciri oportet.* Jacobus Cujacius d. c. 35. lib. 23. *Observ.* etiam hoc loco effectum esse Paulum suspicatus, tantumque ab eo excipi casum unum, non duos quos præfert scriptura, uno spiritu legi suadet, *Sed si voluntate vectorum propter aliquem metum.* Aequè frustra, ac lubet mirari, sagacissimum illum Virum fugisse, voculam, *vel*, ex usu illorum temporum hic nihil distinguere. Notavit eum usum Salmasius Notis ad Historiæ Augustæ Scriptores, multis in locis, inter alios ad Vopiscum Probum c. 14. p. 663. & ad Capitolinum Gordiano c. 7. p. 38. Ipse quoque ego apud Ulpianum l. 11. §. 1. D. de Public. in rem act. cum deprehendi lib. 2. De usufruct. c. 2. etiam in l. 40. C. de tran. act. exemplum aliud lib. sing. Ad Edict. De pact. c. 14. nec fecero rem ingratis Studiosis juris; si nunc addam sequens ex §. 4. Inst. de usu & habit: *Sed & si pecorum vel ovium usus legatus sit.* Ludovicus Russardus Not. margin. monet, in quibusdam libris pro *vel* esse, *veluti*. quod & mavult D. Vinnius; proclamans, nisi ita legatur, Triboniani peccatum esse. In aliis tamen manuscriptis, quos inter est meus, extat *vel*: & recte: nam ubi nihil distinguit, idem Justiniano valet quod in l. 12. §. 2. D. d. t. hoc Ulpiani: *Si pecoris ei usus relictus est, puta gregis ovilis.* Igitur, ut revertar ad d. l. 2. §. 1. h. t. non est ibi Cujacii emendatione opus: satis idoneo Pauli sensu, Si vectorum voluntate, puta propter aliquem metum, deteriorata sit navis, aut quid exarmarit; non esse alienum a ratione Legis Rhodiæ, id detrimentum omnium collatione refici, quasi ad omnium utilitatem factum.

Nihil esset hic quod moremur diutius: nisi in d. l. 2. §. 3. h. t. insuper quæreretur, redempta a piratis nave, an collatio fieri debeat? nam nec hunc casum, quantum ad verba, attingit Lex Rhodia. Memorat tamen Paulus, Ser-

Servium, Osilium, Labeonem, existimasse, debere omnes conferre: quod, ut videtur, hic non est minor conferendi causa, quam jactu facto levandæ navis gratia: redemptione æque ad communem omnium utilitatem pertinente. quid, si prædones, sive piratæ, abstulerint aliqua? ait Paulus, eum cujus fuerint, ea perdere. non improbabili ratione, quia is non est damnum passus aliorum causa. Addit Paulus, Nec conferendum ei qui suas merces redemerit. sensus est, si quis merces suas separatim a cæteris redemerit, ne ei quidem conferendum: eo quod magis suum, quam commune, negotium gessit. Est & illud hujus loci, quod in *d. l. 2. §. 5.* ait Paulus, servorum quoque qui in mare (pro, *in mari*, ut a libi observatum) perierunt, non facienda magis est æstimatio, quam si qui ægri in nave decesserint, aut aliqui sese præcipitaverint. Æquissime: ut enim damnum passi sint quorum servi in mari, laborante nave, perierunt; tamen ubi contributio vertitur, non aliud putatur damnum, quam levandæ navis causa in communi periculo factum. id vero in proposito non magis contingit, quam ubi servi ægri in nave decesserint, aut aliqui sese præcipitaverint.

Explicitus est prior articulus Legis Rhodiæ. propero ad alterum. Is, ut jactus veniat in tributum, postulat, navem qua de factus sit jactus, esse salvam. Is articulus claret ex *l. 4. h. t.* nec alia eget confirmatione. nisi cui dubium est, Legem Rhodiam, jactu mercium facto levandæ navis gratia, cum jubet, omnium contributione sarciri, quod pro omnibus datum est, *l. 1. h. t.* sic accipi, quasi velit, jactum omnium contributione sarciri tum, si is merces quæ in nave manserunt, omnibus salvas præstitit, salva nave. Sed nescio, an sic definiat Hermogenianus *l. 5. D. h. t.* ex sententia Legis Rhodiæ: dicens, hanc æquitatem placuisse. Verba: *Amisæ navis damnum collationis consortio non sarcitur per eos qui merces suas naufragio liberaverunt: nam hujus æquitatem tunc admitti placuit, cum jactus remedio cæteris in communi periculo, salva navi, consultum est.* Ecce: navis tempestate amisæ est, nullo ante jactu mercium facto. aliqui suas naufragio liberaverunt: id est, ex naufragio conservarunt. Dubitatur: an damnum amisæ navis debeat refici collatione servatarum mercium? Non placet Hermogeniano: & justa ratione. ea ratio est: quod non damnum, qua damnum in mari factum, præbet contributioni causam: sed damnum jactu factum; hac mente, ut cæteris in communi periculo consuleretur. Nec contentus hac ratione est Hermogenianus: præterea desiderat, ut cæteris illo remedio, salva nave, sit consultum. Fuerit igitur, auctore Hermogeniano, mens Legis Rhodiæ; ne petatur contributio, eo quod est damnum datum, et si mercibus in mare jactis navis levandæ gratia: sed ideo quod aliorum merces jactus remedio, salva nave, conservatæ sunt: id est, quod jactus speratum finem obtinuit. Quod si est, ut est verissimum: probatum est, non salva post jactum nave, nec collationem quidem Lege Rhodia admitti: non inveniende Lege, unde, aut cur, ea fieri debeat. Nec tamen vel hoc in mora est, ne submersa post jactum nave, mercibus interim quocumque modo conservatis, res perinde accipiantur, ac si illæ nave salva conservatæ essent. pone, ut exemplo intelligatur quæstio: jactus mercium factus est levandæ navis gratia: sed in gravescēte paulatim tempestate navis postea submersa est. ex ea merces quædam per urinatores sunt extractæ. Rem attingit Manilius

lib. 5. Astronomic. versibus sequentibus.

- - - *Votum est*

*Illis in ponto, jocundum est querere pontum,
Corpora qui mergunt undis, ipsumque sub antris
Nerea & æquoreas conantur visere nymphas,
Exportantque maris pradas, & rapta profundo
Naufragia, atque imas avidi scrutantur arenas*

Habes thema. quæstioni est, an merces per urinatores extractæ, pertineant ad collationem? Sabinus putavit; & Callistratus *l. 4. §. 1. h. t.* ait, eumque respondisse. id vero, ut ego expono, est benigne. nam angustia & subtilitas regulæ Legis Rhodiæ contributionem, nisi salva nave, non sinebat. Sed Sabinus hanc æque, id est, benigne, interpretatur ex Legis fine: arbitratus, si ex nave quid conservatum sit qualicumque modo, obtineri finem Legis: unum quærentis; an ipsa navis aut ex ea aliquid servatum sit, non quomodo: cum præsertim parum referat.

Invento casu quo contributio fiat ex Lege Rhodia: restat, a quibus illa fieri debeat. Paulus *l. 2. §. 2. D. h. t.* definit, omnes quorum interfuisse jacturam fieri, conferre oportere. Nec sine ratione. ea ratio est: Quia id tributum observatæ res deberent, indeque infert Paulus, etiam dominum navis pro portione obligatum esse. Summa Pauli est, debere navem, & omnia quæ cum nave servata sunt, sine discrimine æstimari; si quidem recipiant æstimationem; nec interesse, utrum pondus habeant, & his onerata fuerit navis, an non: ut gemmæ, margaritæ, annuli, vestes cujusque: una Legis inspectione, an domini interfuerit, eas servari jactu, & recipiant æstimationem. hac causa libera excipit capita: nolens, pro his dari: quia nulla horum æstimatio est: cæterorum omnium est. & tamen ab his excipit Paulus, si quæ consumendi causa imposita sint, cibaria verbi gratia: eo magis; quod si quando ea defecerint in navigationem, quod quisque haberet, in commune conferret. Vult igitur Paulus, ea considerari tamquam futura omnium communia; & si quando defecerint in navigationem ad omnium conservationem in medium conferenda: volente necessitate, servari omnes.

Liquet, unde facienda sit contributio: adhuc liquere oportet, quomodo sit facienda. De hoc sic Paulus *d. l. 2. §. 2. jactura*, inquit, *summam pro rerum pretio distribui oportet.* Sed hoc, quod quæritur, non satis extricat. itaque in *§. 4.* distinctius infit: *Portio autem pro æstimatione rerum quæ salvæ sunt, & earum quæ amisæ sunt, præstari solet. nec ad rem pertinet, si hæc quæ amisæ sunt, pluris venire poterunt, quoniam detrimenti, non lucris, sit præstatio. sed in his rebus quarum nomine conferendum est, æstimatio debet haberi, non quanti emptæ sint, sed quanti venire possunt.* Harmenopulus, *Prompt. lib. 2. tit. 11.* ait, Hoc fieri, quo & damnum, quoad fieri potest minuatur, & lucrum amplius propagetur. addit, ita utrisque consuli, & iis qui jacturam fecerunt, & iis qui res suas salvas habent.

Quod ad formam petendæ contributionis notanda est observatio Ulpiani *l. 14. D. de præscr. verb.* sic scribentis: *Qui servandarum mercium suarum causa alienas merces in mare projecit, nulla tenetur actione. sed si sine causa id fecisset, in factum; si dolo, de dolo tenetur.* Ulpiani sermo non est de eo cujus merces jactæ sunt in mare; sed de eo qui alterius merces projecit; & negat, hunc propterea ulla teneri actione. Quod probō. & est ratio; quod qui voluit, se aut merces suas servare, jactis aliorum mercibus, utus est temporis

necessitate: sēper jus faciente, cū non licet facere aliter ita non tenetur ex delicto; nisi quid egerit dolo malo. nec magis potest ex contractu obligatus cēferi: quia nihil est inter eum & mercium dominum contractum de reparando jacturæ damno. Non est igitur in proposito inspiciendum, quis jecerit merces: id enim nihil ad rem pertinet. magis querendum est, cujus res eo jactu servatæ sint: nam ejus interfuit, jactum fieri; ideoque æquum est, eum ob res servatas ad collationem teneri. At qua actione; cum nihil actum contractumve sit? Hoc diligenter tractat Paulus *d. l. 2. pr. D. h. t.* & quia obscure more suo: duo postulo observari: unum est quod hæc lex debetur Pauli lib. 34. Ad Edictum, ex quo est etiam *l. 1.* & plures aliæ sub Titulo *Locati conducti*, eoque sit verisimile, Paulum explanationem, Legis Rhodiæ de jactu junxisse Edicto De locato & conducto. Altera observatio erit, quod Paulus in *d. l. 2.* ei cujus merces sint in mare jactæ, nullam concedit actionem ex Lege Rhodia; nec magis meminit actionis a Prætorē in Edicto propositæ: tantum facit mentionem actionis ex locato & conducto; inductæ, ut videtur, hac in specie usu & disputatione Jurisconsultorum: interpretantium, contrahentes de mercibus nave transvehendis per mare, in quo orta tempestate necessario fiat mercium jactus, invicem obligari ex locato & conducto in id quod alterum alteri ex fide bona jactu facto præstare oportet, quasi id tacite placuerit, etsi de eo nihil nominatim convenerit §. 3. *Inst. de oblig. ex consens.* proinde locata aut conducta mercium transvectione, & jactu e re vectorum facto jussu magistri, creditum fuit, convenire naturæ locationis & conductionis quæ est bonæ fidei, ut domini mercium, prout locata aut conducta sit earum transvectio, ex locato & conducto experiantur adversus magistrum navis: ut is vicissim agat contra vectores, merces suas salvas habentes, ad hoc, ut damnum jactus contributione pro portione reparent; aut hunc in finem eorum merces retineat, donec satisfaciant. Neutrum remedium est inauditum in jure nostro, nam & Labeo *l. 60. §. 5. D. Locati* ait, ubi quis alienam messem sustulit, dominum illi condicere frumentum posse, & ut id faciat, colonum ex conducto acturum cum domino. Dedi & alia exempla supra sub *Tit. de judic.* Non minus notum est jus retentionis, Jurisconsultis eam, donec satisfiat, ex causa permittentibus possessionem adepto sine vitio, etiam si non habeat pignus *l. 1. D. Quib.*

mod. pign. solv. l. 1. C. Si alien. res pign. l. unic. C. Etiam ob chirogr. res pign. In proposito autem videtur usus retentionem magistro navis concessisse, quasi ea lege merces exceperit: eo æquius, quod quodammodo esset necessarium; ne si ille deberet singulos judicio convenire, contributio facile eluderetur: plerumque ignotis vectoribus, sæpe alio festinantibus, utique dilapsuris, cum e nave erunt digressi. Sed, ut ad Paulum veniamus, is (quod optime observat D. Cujacius lib. 3. *Observ. c. 2.*) distinguit; utrum domini mercium magistro merces vehendas locaverint; an ab eo mercibus suis conduxerint certum locum. Huc redit summa totius loci, priore casu ait Paulus, dominos mercium ex locato acturos adversus magistrum navis: ut is vicissim agat actione ex conducto adversus vectores; ut præstetur quod eos, pro reparanda jactura, ex bona fide præstare oportet. Servius quidem respondit, mercium dominos cum magistro ex locato experiri debere, ut cæterorum vectorum merces retineat, donec damni portionem præstent. & esse id commodissimum, Paulus fatetur. sed ipse subjicit: *Imo etsi retineat merces magister.* Ita Florentiæ legitur: cum in aliis libris (quod & malunt Viri Doctissimi) extet: *Imo etsi non retineat merces magister.* Sed retinenda Florentina lectio, supervacua adjunctione voculæ, non: & est sensus, Imo etsi possit magister merces retinere; vel, etsi magister retineat merces aliquas, aut merces aliquorum, adhuc ultro (id est, prior: hoc modo id verbum recte accipit Cujacius *d. loc.*) habiturus est actionem cum vectoribus, fueritque id necesse; si sint vectores sine sarcinis quæ retineri possint: cum interim habeant annulos, gemmas, similia jactu facto servata. Altera distinctionis pars sequente continetur versu. *At si non (§) totam navem conduxerit, ex conducto aget: sicut vectores, qui loca in nave conduxerunt.* Ita Florentiæ editur. sed Cujacius mavult: *At si non totam navem conduxerint, ex conducto agent: sicut vectores qui §c.* Sensus: Quod mercium domini, si non locaverint transvehendas merces, sed locum aliquem in nave mercibus conduxerint, adversus magistrum agent ex conducto; ut is rursus suo modo adversus vectores agat ex locato ad præstationem contributionis: sicut vectores qui loca in nave conduxerunt, jactu damnum passi, consimili consilio cum magistro navis experiuntur.

TITULUS III.

De institoria actione.

Exemplo actionis exercitoria ex negotiatione maritima profecta, hic a Prætorē proponitur actio institoria ex negotiatione terrestri hac, opinor, forma. *Quod cum institore gestum esse dicitur ejus rei nomine cui prepositus erit, de eo adversus eum qui preposuit, actionem dabo.* Qua ratione? Ulpianus *l. 1. h. t.* ait, Prætori visum esse, sicut commoda sentimus ex actu institorum, ita etiam obligari nos ex contractibus ipsorum & conveniri. Sed addit Ulpianus, quod non idem facit circa eum qui institorem preposuit, ut experiri possit; sed si quidem servum proprium institorem habuit, potest esse securus, acquisitis sibi actionibus; si autem alienum servum, vel etiam hominem liberum, actione deficietur; ipsum tamen institorem vel dominum ejus

convenire poterit, vel mandati vel negotiorum gestorum; præterea dicit Ulpianus, Marcellum opinari debere dari actionem ei qui institorem preposuit, in eos qui cum eo contraxerint, utique (quod ex Gajo subjicitur *l. 2.*) eo nomine quo institor contraxit; si modo aliter rem suam servare non potest.

Nunc de Edicto videamus. in eo dat Prætor actionem institoriam; si quid cum institore gestum erit. Institor autem appellatus est (ut Ulpianus ait *l. 3. h. t.*) ex eo quod negotio gerendo instet, nec multum facit, tabernæ sit prepositus, an cuilibet alii negotiationi, idque in *l. 4. § seqq.* multis exemplis illustratur. summam facit Paulus *l. 18. h. t.* Institor, inquit, est qui tabernæ locove

cove ad emendum, vendendumve præponitur, quæ sine loco ad eundem actum præponitur.

Qualis autem sit institutor, non distinguit Prætor. quin generaliter dicit, *Quod cum institore gestum erit.* optime igitur Ulpianus l. 7. §. 1. Parvi, inquit, refert, quis sit institutor, masculus, an femina, liber, an servus, proprius vel alienus. item quisquis præposuit, nam & si mulier præposuit, competit institutoria, exemplo exercitoria actionis: & si mulier sit præposita, tenebitur etiam ipsa. sed & si filiafamilias sit, vel ancilla præposita, comperit institutoria actio. Pupillus autem institutor obligat eum qui eum præposuit, institutoria actione: quoniam sibi imputare debet qui eum præposuit d. l. 7. §. 2. nam (hoc addit Gajus l. 8.) plerique pueros puellasque tabernis præponunt. Verum si ipse pupillus præposuerit, si quidem tutoris auctoritate, obligabitur: si minus, non l. 9. h. t. nec tamen iniquum est, (quod Gajus monet l. 10.) eatenus dari in eum actionem, quatenus ex ea re locupletior est. præterea ait Ulpianus l. 11. si pupillus heres extiterit ei qui præposuerat, æquissimum fore, pupillum teneri, quamdiu præpositus manet. removendum enim fuisse a tutoribus, si nolent opera ejus uti. addit Ulpianus §. 1. d. l. 11. si minor viginti quinque annis erit qui præposuit, auxilio ætatis usurum, non sine causæ cognitione.

Datur igitur a Prætore institutoria actio; si quid gestum erit cum institore: nec tamen omne quod cum institore geritur, obligat eum qui præposuit: sed ita, si ejus rei gratia, cui præpositus fuerit, contractum est, id est, duntaxat ad id ad quod eum præposuit. sic optime Ulpianus, & Edicto convenienter l. 5. §. 11. & in §. 12. cum sequentibus id explicat compluribus exemplis. sunt & alia in l. 11. §. 5. & seqq. quæ ibi videri possunt; nec opus adscribere.

Obtinet igitur hæc actio, si quid gestum erit cum institore ea de re cui ipse præpositus erit. quid, si prohibuerit exercitor, cum eo contrahi? Ulpianus l. 11. §. 2. h. t. sic definit: de quo palam proscriptum fuerit, Ne cum eo contrahatur, is præpositi loco non habetur, & præfatur, quod non permittendum erit cum institore contrahere: sed si quis nolit contrahi, prohibeat; cæterum, id est, alioquin, qui præposuit tenebitur ipsa præpositione. Porro cum posset quæri, quid sit palam proscribere: Ulpianus

in §. 3. id sic exponit: Proscribere palam sic accipimus, clavis literis, unde de plano recte legi possit: ante tabernam scilicet vel ante eum locum, in quo negotiatio exercetur: non in loco remoto, sed in evidenti. Literis utrum Græcis, an Latinis? puto, inquit, secundum loci conditionem: ne quis causari possit ignorantiam literarum. certe si quis dicat, ignorasse se literas, vel non observasse quod propositum erat, cum multi legerent, cumque palam esset propositum, non audietur. Præterea monet Ulpianus §. 4. quod proscriptum perpetuo esse oportet. cæterum si per id temporis quo propositum non erat, vel obscurata proscriptione contractum sit, institutoria locum habebit. proinde si dominus quidem mercis proscripsisset, alius autem sustulit, aut vetustate, vel pluvia vel quo simili contingit, ne proscriptum esset, vel non pareret, dicendum, eum qui proposuit teneri. sed si ipse institutor decipiendi mea causa detraxit, dolus ipsius proponenti nocere debet: nisi particeps doli fuerit qui contraxit.

Ex superioribus satis intelligitur, cui & adversus quem detur institutoria actio. apparet enim, dari ei qui cum institore contraxit de ea re cui præpositus est, adversus exercitorem qui eum præposuit §. 2. *Inst. Quod cum eo qui in alien. potest.* sed (quod Ulpianus monet l. 13. §. 1. h. t.) ita demum, si non novaverit quis eam obligationem, vel ab institore vel ab alio, stipulando novandi animo.

Ad quid datur institutoria actio? in solidum ejus de quo contractum est d. §. 2. *Inst. Quod cum eo qui in alien. pot. est.* Recte: si tabernam unus exerceat: sed Ulpianus l. 13. §. 2. h. t. ait, si duo pluresve eam exerceant, & servum, quem ex disparibus partibus habebant, institutorem præposuerint, a Juliano quæri, utrum pro dominicis partibus teneantur, an pro æqualibus, an pro portione mercis, an vero in solidum? refert autem, verius esse a Juliano putari, exemplo exercitorum, & de peculio actionis, unumquemque in solidum conveniri posse: sed addit, eum qui conventus sit, quidquid præstiterit, ex Juliani sententia societatis judicio vel communi dividendo consecuturum. eamque sententiam se & supra probasse. Quod est verum. nec aliena ab his sunt quæ ex Paulo sequuntur l. 14. d. t.

Novissime sciendum esse, ait Ulpianus l. 15. h. t. has actiones perpetuo dari & in heredem & heredibus.

TITULUS IV.

De tributoria actione.

Sicut in superioribus Titulis, ita in hoc est casus in quo a Prætore actio datur adversus alium, quam qui contraxit. Sensus Edicti fuit: *Si is qui in aliena potestate esse dicetur, eo sciente in peculiari merce negotiatus erit, eo nomine judicium dabo, ut quod in ea merce erit, quodque ex ea receptum erit, ab eo in cuius potestate erit, singulis pro rata portione tribuatur; item si ejus dolo malo factum erit, quo minus tributum esse dicatur, quam debuerit, judicium dabo, ut id præstetur.* Et hujus Edicti (si audimus Ulpianum l. 1. h. t.) non minima utilitas est. hoc enim agit; ut dominus qui alioquin in servi contractibus privilegium habet (quippe cum de peculio duntaxat teneatur, deducto quod domino debetur) tamen si scierit servum peculiari merce negotiari, velut extraneus creditor, ex hoc Edicto in tributum voce-

tur. Ut igitur locum habeat actio tributoria, vult Prætor, eum qui in aliena potestate est, negotiatum esse. Potestatis autem verbum ait Ulpianus l. 1. §. 4. esse porrigendum ad omnem sexum, item ad omnes qui sunt alieno juri subjecti. imo addit in §. 5. tributariam actionem non solum pertinere ad servos; verum ad eos quoque qui nobis bona fide serviunt, sive liberi, sive servi alieni sunt, vel in quibus usumfructum habemus, tantum postulatur, ut merx qua peculiariter negotietur, ad nos pertineat l. 2. h. t.

Non est contentus Prætor postulasse, eum qui in aliena potestate sit, negotiatum esse: amplius vult, negotiatum esse de merce peculiari, & sciente eo in cuius potestate est. Ait autem Ulpianus l. 1. §. 3. scientiam hic eam accipi, quæ habet & voluntatem;

non utique manifestam, sed patientiam: non enim velle debere dominum, sed non nolle. igitur si scit, & non protestatur, & contradicit; tenebitur actione tributoria.

Mercis quoque *nomine* merito adjici, Ulpianus notat *l. 5. §. 4. b. t.* ne omnis negotiatio cum servo facta tributoriam inducat. Certe addit §. 11. non totum peculium in tributum venire; sed id dumtaxat quod ex ea merce est; siue merces manent, siue pretium earum receptum, conversumve est in peculium. sed & si (ut est in §. 12.) adhuc debeatur mercis nomine a quibusdam quibus solebat servus distrahere, hoc quoque tribuetur, prout fuerit receptum. Quid, si servus iste præter mercem in taberna habeat instrumentum, an hoc quoque tribuat, quaeritur? Ulpianus *d. l. 5. §. 13.* putat, & hoc tribui ex sententia Labeonis. & esse æquissimum. ac sic præfatur; plerumque enim hic apparatus ex merce est; imo semper. cætera tamen, inquit, quæ extra hæc in peculio habuit servus, non tribuentur; ut puta argentum habuit vel aurum: nisi si hæc ex merce comparavit. Ut ut erit: habet actio tributoria locum; si servus, sciente eo in cuius potestate est, de merce peculiari sit negotiatus. Mercem autem peculiarem quomodo accipimus; nam proprietatem sequentibus est angustior ejus appellatio: ut neque ad servos, fullones, vel sarcinatores, vel textores, vel venaliciarios pertineat. Sed placuit Ulpiano, Pedium sequuto, Edictum ad omnes negotiationes porrigere *l. 1. §. 2. b. t.* Interim observat Ulpianus §. 3. Peculiarem mercem non sicuti peculium accipi: hac præsertim ratione, quod peculium deducto quod domino debetur accipitur: merx peculiaris, etiamsi nihil sit in peculio, dominum tributoria obligat, ita demum, si sciente eo negotiabitur *l. 1. §. 2. b. t.* Superioribus convenit, ne merces dominicæ in tributum veniant, sed tantum peculiares *l. 11. §. 7. D. de instit. act.*

Sequitur, cui, item adversus quem, & ad quid detur tributoria actio. Datur autem creditori qui de merce peculiari contraxit cum eo qui in potestate est. Datur vero adversus eum qui hunc in potestate habet, ut eo sciente de ea contractum est a servo. Ad quid datur? ait Prætor, dari ad hoc, ut quod erit in merce peculiari, quodque ex ea receptum erit, singulis pro rata portione tribuatur. Inde observanda differentia inter hanc actionem & eam quæ est de peculio. non enim hæc actio, (sic ait Paulus *l. 6. b. t.*) sicut de peculio, occupantis meliorem causam facit, sed æqualem conditionem quan-

doque agentium. Et valde placet hoc Ulpiani *l. 5. §. 19. b. t.* Tributio fit pro rata ejus quod cuique debeatur; & ideo, si unus creditor veniat desiderans tribui integram portionem, consequitur; sed quoniam fieri potest, ut alius quoque vel alii existere possint creditores mercis peculiaris, cavere debet creditor iste, pro rata se refusurum, si forte alii creditores emerferint. Ulpianus *l. 7. b. t.* Illud quoque, inquit, cavere debet, si quid aliud emerferit domini debitum, se ei pro rata refusurum. finge enim conditionale debitum imminere, vel in occulto esse; hoc quoque admittendum est: nam injuriam dominus pati non debet, licet in tributum vocatur. Datur igitur hæc actio adversus dominum, ut tribuat. Quid si nolit tribuere, fugiens hanc molestiam; contra paratus, peculio vel mercibus cedere? Ulpianus *d. l. 7. §. 1.* ait, Pedium referre, audiendum eum; eamque sententiam habere æquitatem. & plerumque arbitrum a Prætoribus debere dari, cujus interventu tribuantur merces peculiares. Quid, si tribuerit: sed minus, quam debuerit? Ait Ulpianus *d. l. 7. §. 2.* tributoriam in eum dari: ut quanto minus sit tributum quam debuerit, præstet, eamque actionem dolum malum coercere. Ulpiano consentit Julianus *l. ult. b. t.* Tributoria, inquit, actione tunc demum agi potest, cum dominus in distribuendo pretio mercis Edicto Prætoris non satisfecit: id est, cum majorem partem debiti sui deduxit, quam creditoribus tribuit. Minus autem tribuere videri, ait Ulpianus *d. l. 7. §. 2.* etiamsi nihil tributum sit. Quid, si ignorans in merce servum habere, minus tribuit? jam ait Ulpianus, non videri dolo malo minus tribuere; sed re comperta, si non tribuat; dolo nunc non carere. proinde si sibi ex ea merce solvi fecit; utique dolo videri minus tribuisse. sed & si mercem perire passus est, aut eam avertit, aut vilioris data opera distinxit, vel si ab emptoribus pretium non accepit, teneri eum tributoria, si dolus intervenit *d. l. 7. §. 3.*

De proprietate hujus actionis sic ait Ulpianus *l. 7. §. ult. b. t.* Hæc actio & perpetuo & in heredem datur de eo dumtaxat quod ad eum pervenit: & subjicitur ex Juliano *l. 8.* quia non de dolo est, sed rei persecutionem continet. Quare etiam mortuo servo dominus, item heres ejus perpetuo teneri debet, propter factum defuncti, quamvis non aliter, quam dolo interveniente competat. Addit Ulpianus *l. 9.* quod in herede dicimus, idem fore & in cæteris successoribus.

* *

TITULUS V.

Quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicetur.

In limine Tituli præmonebo, eum qui cum servo contrahit, servum ipsum neque jure civili, neque jure Prætorio, ullo modo habere obligatum; sed dominum dumtaxat de peculio jure Prætorio tenere. qui vero cum filiofamilias contrahit, duos habere debitores: filiumfamilias in solidum jure civili, & patrem jure Prætorio tantum de peculio *l. 44. D. de pecul.* adeo, ubi de filii, id est, liberi hominis, obligatione quaeritur; parum refert, utrum sui, an alieni, juris sit: quando filiusfamilias ex omnibus causis tamquam paterfamilias obligatur, & ob id agi cum eo tamquam cum paterfamilias potest *l. 39. D. de oblig. & act.* quamdiu est in patris potestate:

tamdiu enim manet idem qui est obligatus. sed emancipatus a patre, fit alius: quia emancipatione, per imaginarias venditiones & sequentes manumissiones adhuc fieri solita, quodammodo in servitutem detrusus, capitis diminutione novus homo factus jure Pandectarum creditur: ideoque mera subtilitate ea actione quæ ante adversus eum competiit, ultra conveniri nequit. Ne tamen creditori ea re injuria inferretur; placuit Prætori Edicto de capite minutis, (quod extat *l. 2. §. 1. D. de caput. minut.*) illi adversus emancipatum, perinde ac si capitis diminutio nulla intervenisset, restituere actionem utilem, & quidem in solidum: sicut ante in solidum com-

competierat. Caterum, cum progressu temporis experiundo intelligeretur, novo patrifamilias, & ut plerumque incidebat, non in re lauta adhuc constituto, hoc gravius esse; visum Prætori alio Edicto, quod est positum sub hoc Titulo, eum post capitis deminutionem quidem perinde conveniri, ac si nulla intervenisset; at non jam in solidum, sed hætenus saltem, quatenus facere posset, & notandum, quod hanc humanitatem Prætor non emancipato tantum filio hoc Edicto exhibuit: sed ei quoque qui a patre sit exheredatus, aut alioquin se a patris hereditate abstinuit. Verba Prætoris ab Ulpiano *l. 2. D. h. t.* talia produntur. *In eum qui emancipatus aut exheredatus erit, qui ve abstinnit se hereditate ejus cujus in potestate, cum moritur, fuerit, ejus rei nomine quæ cum eo contracta erit, cum is in potestate esset, sive sua voluntate, sive jussu ejus in cujus potestate erit, contraxerit, sive in peculium ipsius, sive in patrimonium ejus, cujus in potestate fuerit, ea res redacta fuerit, actionem, causa cognita, dabo in quod facere poterit.* In hoc Edicto Prætor, si ejus verba spectamus, tantum auxilium præbet filio emancipato, itemque exheredato, aut abstinenti se a patris hereditate. Sed Ulpianus *d. l. 2. §. 1.* motus benignitate Prætoris, ejus mentem longius porrexit: confirmans, æquissimum esse, causa cognita, etiam in alios dari actionem in id quod facere possunt: & adfert complura exempla. unum est: *si citra emancipationem sui juris factus sit.* Quis ille? Flamen Dialis: de quo scripti *lib. 1. Tit. 7. De adoptionibus & emancipationibus.* Alterum exemplum est: *vel in adoptionem datus, deinde pater naturalis decesserit.* Tertium exemplum est, *si quis ex minima parte sit institutus.* Immo *l. 4.* quæ conjungenda cum fine *d. l. 2.* sic pergit: *Sed si ex parte non modica sit scriptus heres filius, in arbitrio est creditoris, utrum in portione hereditaria, an in solidum eum conveniat. sed hic judex estimare debet, ne forte in id quod facere potest, debeat condemnari.*

Ut revertar eo, unde inæcepit interpretatio, apparet, Prætozem novo patrifamilias, si conveniatur ex contractu quem inivit filiusfamilias, subvenire; ne ultra quam facere possit, condemnetur. In herede non idem censet Ulpianus *l. 4. §. 3. h. t.* motus auctoritate Papiniani: *lib. 9. Quæstionum scribentis, in heredem filii actionem in solidum dandam.* nempe opinatus ille est, privilegium filio a Prætoze datum, heredi non datum, cum persona filii extingui.

Ego ne illud quidem omittam, quod Prætor adversus filium, patria potestate liberatum, actionem dans in id quod facere potest, loquitur de actione ex contractu, quoquo modo is fuerit celebratus, sive sua voluntate, sive jussu ejus in cujus potestate fuerit: amplius, sive in peculium ipsius, sive in patrimonium ejus, cujus in potestate fuerit, ea res redacta

fuerit: uno Prætoris consilio, curare; ne ex negotio ante gesto novus paterfamilias rigore juris a suo creditore ullo casu opprimatur. Sic: si ex contractu conveniatur, quid, si ex delicto? non idem placet; quia Prætor de contractu loquitur; de delicto non loquitur. Atqui appellatione contractus etiam delictum censetur. Novi, me observasse supra sub Titulo, *De rebus creditis.* sed id ubi sit, contractus malus indigitatur *l. 52. D. de re judicata.* nec voluit Ulpianus, ut decuit virum honestatis studiosum, Prætoris cognitionem infuscare consilio adjuvandæ improbitatis: contra ait, ex delicto conventum, tamquam indignum Prætoris indulgentia, in solidum condemnari *d. l. 4. §. 2. h. t.*

Utilior & justior fuerit deliberatio, an in cognitione Prætoris etiam temporis haberi debeat ratio: ut, si quidem ex continente cum filio agatur, detur actio in id quod facere potest: sin vero post multos annos, non debeat indulgeri? Ulpianus *d. l. 4. §. 4.* mihi, inquit, videtur rationem habendam esse: & præfatur, in hoc causæ cognitionem verti.

Dat igitur ex hoc Edicto Prætor adversus filium emancipatum, exheredatum, & qui se patris hereditate abstinnit, ex vetere contractu actionem, in quantum facere potest. non tamen vel sic semper: sed interdum in solidum: quia, ut modo cæpi dicere, causa cognita eam dat: id est, ita demum, si ei iusta causa videatur. Fac: aliquis in contrahendo est mentitus, se esse patremfamilias, cum esset filiusfamilias. is deinde a patre est aut emancipatus, aut exheredatus, aut se a patris hereditate abstinnit, an convento post emancipationem, mortemve patris, Prætor subveniet; ne in solidum conveniatur, si facere non possit? non sinit Ulpianus *l. 4. §. 1. h. t.* quam ob rem? ait, propter mendacium. Occurrit hic & alius respectus, ecce: pater filium, post contractum ab eo confectum, exheredavit, alio instituto herede, pater hunc rogavit, uti hereditatem filio restituat. restituta est ex Senatusconsulto Trebelliano. postea conventus filius. quomodo condemnandus? non in quantum facere potest, sed in solidum. Atqui a patre est exheredatus. Sit ita: sed restituta ei hereditate ex Senatusconsulto Trebelliano, cessat Edicti causa: quia etsi jure civili non sit heres, tamen vi Senatusconsulti jure Prætorio heredis loco habetur *§. 4. Inst. de fideic. hered.* & ut Paulus loquitur, quodammodo heres est *l. 5. §. 1. h. t.* Quid, si contra filius a patre heres institutus, ac rogatus hereditatem restituere, nolit se ei immiscere, ideoque ex secundo capite Senatusconsulti Pegasiani coactus immiscuerit se, ut restituat hereditatem? immiscuit se, ita est: sed verissime Paulus *d. l. 5. §. 2.* perinde observandum esse ait, ac si se abstinnisset.

* *

TITULUS VI.

De Senatusconsulto Macedoniano.

Superioribus Titulis intellectum est, ex contractu filiifamilias a patre habentis peculium, cum adversus filium jure civili, tum adversus patrem jure Prætorio, actionem dari. Præsens Titulus ostendit, id fallere. data ei mutua pecunia, propter Senatusconsultum Macedonianum: quo prohibetur; ne ei qui filiofamilias mutuam pecuniam dederit, eo nomine actio petitioque detur. Verba Senatus-

Noodt Operum Tomus II.

consulti Macedoniani hæc sunt ex *l. 1. h. t.* Cum inter ceteras sceleris causas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam es alienum adhibuisset, & sepe materiam peccandi malis moribus prestaret, qui pecuniam (ne quid amplius diceretur) incertis nominibus crederet. placere, ne cui, qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis ejus, cujus in potestate fuisset, actio petitioque daretur: ut scirent, qui pessimo

Z 4

exem-

exemplo fœnerarent, nullius posse filiofamilias bonum nomen expectata patris morte fieri. Integra sunt hujus Senatusconsulti verba. tantum defunt Consules qui de eo retulerint ad Senatum. ita non liquet tempus quo sit factum. difficultatem auget discidium Taciti & Suetonii; quorum ille *lib. xi. Annal. c. 13.* hoc Senatusconsultum adscribit Claudio; hic Vespasiano *in ejus vita c. xi.* In componenda lite sudavit Petrus Faber *lib. 1. Semestr. c. ult.* Sed præstat conjectura Torrentii, *Notis ad Suetonium* existimantis, Macedonianum Senatusconsultum (legem generali vocabulo dicit Tacitus) factum Principe Claudio; ac post ejus mortem, per licentiam temporum defuetudine oblitteratum, deinde a Vespasiano in usum fuisse revocatum, forte & asperatum; ut ad Tacitum arbitratur Justus Lipsius.

Certior est origo nominis Macedoniani Senatusconsulti: manifesto ex ejus verbis, venire a quodam Macedone: qui ei multiplice scelere causam præstitit. scio, rarius hoc accidere: & Leges ac Senatusconsulta plerumque a suis auctoribus appellari, ne tamen vel illud sine exemplo sit, suffecerit Lex Scantinia de impudicitia: quam a Scantinio, impudico homine, in cujus odium lata est, nomen accepisse, dudum est ab aliis observatum. Cæterum quisnam fuerit iste Macedo, minime constat. Plinius *lib. 3. Epist. 14.* meminit cujusdam Largii Macedonis, patre libertino nati, prætoris ornamentis honestati: illum sævum fuisse in servos, & in villa Formiana ab ipsis in balneo cæsum, tandem expirasse. At de præsentē longe alia Senatus. ait, eum, præter cætera scelera, etiam adhibito ære alieno, peccandi materiam malis moribus præstitisse; dum pecuniam crederet incertis nominibus. His vero verbis quid indigitet Senatus, non bene expediunt Doctissimi Viri. Meo judicio, *incerta nomina sunt mala nomina*: quibus in fine Senatusconsulti opponitur *bonum nomen*. Horatio dicitur *certum nomen*. Res talis est: fœneratores duri atque acerbi, boni tamen viri, pecunias suas non fœnerabant, nisi nominibus certis, id est, nominibus bonis, sive quibus per leges, perque eorum fortunas, tuto credi viderentur. hi fœneratores, ut erant securi sortis, una erant contenti centesima: quæ maxima quidem erat & gravissima, at legibus permixta, unde & legitima appellata. contra improbi aut fatui fœneratores quærebant nomina mala, sive, ut Senatus loquitur, incerta, id est, quibus non poterant tuto credi pecuniæ, ut filiisfamilias, prodigis, & luxuriosis. tales fœneratores non stabant intra unam centesimam, sive legitimam usuram. sub prætextu periculi quod credendo erant subituri, stipulabantur binas, ternas, quaternas, etiam quinas, centesimas. Res incredibilis: at vera, nec minus improba. adolescentes certe tam immanibus usuris exiguo tempore obruti ære alieno, atque inextricabili, dum viveret pater, ejus vitæ struebant insidias: parricidio inventuri, unde dissolverent æs alienum, ita optimum factum Senatus: vetantis, mutuam pecuniam filiisfamilias dari; & si contra factum esset, fœneratori eo nomine dari actionem petitionemque, non modo patre vivo, sed mortuo quoque: scilicet, ut ne tunc quidem bonum fieret filiisfamilias nomen, quod vivo patre erat malum. Dixi, quid mihi videatur de ratione ac providentia Senatus, pro instituto nunc breviter, uberius egi *lib. 2. De fœnore & usuris c. 13.* adductis ex vetustate testimoniis pulchris atque elegantibus, quæ ibidem vide, & juvabit vidisse.

Nunc age, ipsa Senatus verba consideremus. Ait. *Placere, ne cui qui filiofamilias mutuam pecu-*

niam dedisset, actio petitiōque daretur. Verbo, *Placere*, Senatus decretum indigitari, observavit Budæus, *Annot. ad Pandect. pag. 136.* Sensus, Decrevisse Senatum; ne filiofamilias mutua detur pecunia. appellatione autem *Filiofamilias* Senatus indigitat filium in patris potestate constitutum: qualem filiumfamilias appellari, apparet ex *l. 4. D. de his qui sunt sui vel alieni juris.* nec refert, utrum natura, an fictione juris, in patris potestate sit: nam filiosfamilias non solum natura, verum & adoptiones faciunt *l. 1. D. de adoptionib.* Hac igitur ratione Ulpianus *l. 1. §. 2. D. h. t.* Si, inquit, adrogatus mutuam pecuniam acceperit, deinde sit restitutus, ut emanciparetur, (qualis casus occurrit in *l. 32. D. de adoptionib.*) Senatusconsultum locum habebit; fuit enim filiusfamilias. Prohibet igitur Senatus filiofamilias mutuam pecuniam dari. De emancipato nihil addit. id est, si illi data sit pecunia mutua; cessat Senatusconsultum: quia est paterfamilias data. Ratio differentiarum duplex: una, quod filiusfamilias nihil proprium habet jure civili: altera, quod pater possit insidias metuere a filio qui in ejus domo ac familia sit ære alieno obrutus. neutra ratio obtinet in filio emancipato: nam is est paterfamilias, eoque sua habet bona. præterea est extra patris familiam; nec magis patri periculosus, quam alius extraneus. Sic apparet, Senatui fuisse causam loquendi de filiofamilias, at non æque de filio emancipato. Quid, si pendeat, utrum in potestate sit filius, an non sit. pone; patrem habet apud hostes. ait Ulpianus, esse in pendentem, an in Senatusconsultum sit commissum: nam si reciderit in potestatem patris, Senatusconsulto locum esse: si minus, cessare: interim igitur denegandam esse actionem *l. 1. §. 1. D. h. t.* Fere præterieram, quod Senatus de filiofamilias loquens, nihil de ejus ætate, conditione, aut statu addit. quin simpliciter ait, Ne cui qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset, actio petitiōque daretur. argumentum id, sufficere Senatui, filiumfamilias esse, cui credita sit pecunia; nec referre ejus, utrum sobrius sit & parcus, an prodigus & luxuriosus: adolescens, an provec̃ta ætate; privatus, an alius. credidit videlicet Senatus, optimos mores facile transfigurari in pessimos. scivit etiam, neminem ætate aut dignitate jure civili filiumfamilias esse definere. Sed hoc ostendi supra sub Titulo, *De his qui sunt sui vel alieni juris.* & in præsentia observat Ulpianus *l. 1. §. ult. D. h. t.* In filiofamilias, inquit, nihil dignitas facit, quo minus Senatusconsultum Macedonianum locum habeat; etiam si Consul sit, vel cujusvis dignitatis. nisi forte castrense peculium habeat. tunc enim inest, cessare Senatusconsultum. quatenus? usque ad quantitatem castrensis peculii, cum filiofamilias in castrensi peculio vice patrumfamiliarum fungantur *l. 2. D. d. cit.*

Superior labor hæsit circa filiumfamilias. sequens erit circa filiamfamilias. de ea filer Senatus. sed pronuntiatio sermonis in sexu masculino ad utrumque sexum plerumque porrigitur *l. 195. D. de verb. signif.* pari præsertim utriusque ratione. in proposito vero quid interest, utrum filiofamilias, an filiafamilias, luxuria in necem patris mutua pecunia instruatur? Pulchre hoc, pro sua prudentia, animadvertit Ulpianus *l. 9. §. 2. D. h. t.* Hoc, inquit, Senatusconsultum ad filias quoque familiarum pertinet. Demus; perdita pecunia. Sed quid, si adfirmetur, ornamenta ex ea pecunia comparasse? Hanc difficultatem

rem occupat Ulpianus d. §. 2. l. 9. & Ornamenta muliebria designat; eaque in l. 25. §. 10. D. de aur. arg. mund. ait, esse in aures, armillas, viriolas, anulos & omnia quæ ad aliam rem nullam parantur, nisi corporis ornandi causa: quo ex numero etiam esse aurum, gemmas, lapillos, alia omniaque distinguit a mundo muliebri: sicut Paulus l. 37. D. eod. tit. ab his leparat vestes: spectata verborum proprietate. At Ulpianus in d. l. 9. §. 2. non hanc quærit, sed exemplum luxuriæ muliebris; nec eo excludit alia: pari in omnibus fœminarum infania. Cato apud Livium lib. 34. *Quid honestum dictu seditioni præen-
ditur muliebri? ut auro & purpura præfulgeamus, in-
quunt: & mox, Ne ullus modus sumptibus, nec luxu-
riæ sit.* Jam Seneca lib. 7. De benefic. c. 9. *Video uno-
nes non singulos singulis auribus comparatos: jam enim
exercitata aures oneri ferundo sunt, junguntur inter se,
& insuper alii bims superponuntur: non satis muliebris
infania viros subjecerat, nisi bina ac terna patrimonia
auribus pendissent. video sericas vestes, si vestes vo-
canda sunt, in quibus nihil est, quo defendi aut corpus
aut denique pudor possit: quibus sumptis mulier parum
liquido nudam se non esse jurabit. Hæc ingenti summa
ab ignotis etiam ad commercium gentibus accersuntur.*
In tanto fœminarum luxu eat nunc fœnerator, &
clamet, filiam familias, verbi gratia, ornamenta
comparasse ex pecunia mutua, atque ea extare. Nisi
parata Ulpiano responsio est, *Non ad rem pertinere:*
addita hac ratione, *Nam ei quoque qui filiofamilias
credidit, accreto Amplissimi Ordinis actio denegatur:*
nec interest consumpti sint nummi, an extent in peculio.
Absit igitur, ut indulgeatur infirmitati sexus mulie-
bris, luxuriose viventis, contra probo hoc Ulpiani,
*Multo magis severate Senatusconsulti, ejus contra-
ctus improbabitur, qui filiofamilias mutuum dedit.* d.
l. 9. §. 2.

Quod de filiafamilias dixi, an in nepote, & pro-
nepote obtineat, quæri solet. hinc facit, quod aliter
filius, aliter nepos, appellatur §. ult. Inst. Quæstam.
tit. dar. poss. inde, quod in l. 201. D. de verb. signif.
dicitur iusta interpretatione recipi; ut appellatione
filii sicut filiafamilias sæpe continetur; ita & ne-
pos contineatur, & patris nomine avus quoque
comprehendatur. Quid dicimus? convenire simi-
litudini rationis; ut in proposito a verbi proprie-
tate recedatur: cum hoc quoque suadeant sequen-
tia Senatusconsulti verba: *Etiam post mortem paren-
tis cujus in potestate sit.* clare enim evincunt, Sena-
tum appellatione filiofamilias non tantum filium
exaudire, sed nepotes quoque & pronepotes: qui ut
sint in potestate avi vel proavi, tamen in parentis
potestate esse, negari non possunt: cum procul du-
bio avi & proavi sint parentes l. 4. §. 2. D. de in jus
voc. imo vel ipsi, ut modo tradidi, patris appella-
tione iusta interpretatione veniunt. Sed mitto argu-
menta: quando Philippus A. & Philippus C. l. 6.
§. 1. C. b. t. ita palam rescripserunt: *Quod Senatus-
consulti auxilium licet filiofamilias meminerit, & ad
nepotes & pronepotes porrigitur.* Hæc, si nepos ultro
acceperit pecuniam mutuam, at pone: filium ha-
beo, & ex eo nepotem. huic creditum est jussu pa-
tris ejus. an est factum contra Senatusconsultum?
Julianus l. 14. D. b. t. cum de eo rogatum esset, di-
xit: *Etiam si verbis Senatusconsulti filii continerentur,
tamen & in persona nepotis idem servari debere. Jus-
sum autem hujus patris non efficere, quo minus contra
Senatusconsultum creditum existimaretur, cum ipse in
ea causa esset, ut pecuniam invito patre suo accipere non
possit.*

Ait Senatus, *Mutuum pecuniam.* Is igitur solus

Senatusconsultum offendit, qui mutuam pecu-
niam filiofamilias dedit: non qui alias contraxit:
puta, vendidit, locavit, vel alio modo contraxit.
Qua ratione? optima, si audimus Ulpianum l. 3.
§. 3. D. b. t. ea ratio est: quod pecuniæ datio per-
niciosa parentibus eorum visa est. Sed quid? non
numeravi filiofamilias pecuniam: sed in creditum
abii illi ex causa emptionis, verbi gratia, stipula-
tus rei venditæ pretium, an locum habebit Sena-
tusconsultum? Dices: non interest; utrum tibi
dem pecuniam; an patiar, eam quam habes, apud
te remanere. est enim utroque casu mutuum:
quod Senatus vetuit. Atque ita est prima ratio,
quo ad verba Senatusconsulti. sed Ulpianus d. §.
3. id factum exigens ad ejus mentem, aliter censet:
præfatus, quod pecuniæ numeratio non concurrit.
Sensus Ulpiani: quod filiofamilias data pecunia,
subministratur quod perdat. id autem noluit Se-
natus. at cum pecuniam debitam retinet, credito-
re consentiente, non accipit plus, quam habuit.
certe secunda conventio ei non adfert novam lu-
xuriæ materiam: quamvis emptionem in mu-
tuum transferat quadam juris subtilitate, igitur nec
eo facit contra mentem Senatus. Sic Ulpianus, ac
probantibus Severo & Antonino d. l. 3. C. b. t. hac
egregia ratione *Origo enim potius obligationis, quam
titulus actionis considerandus est.* Prohibet igitur Se-
natus filiofamilias mutuam pecuniam dari. alios
contractus cum illo fieri, non prohibet. Tamen
vel hoc demum placet Ulpiano d. l. 3. §. 3. D. b. t.
si non fraus Senatusconsulto sit cogitata: ut qui
credere non potuit, magis ei venderet; ut ille rei
pretium haberet in vicem mutui. Similis Ulpiani
observatio est; si filiofamilias fidejusserit. motus
enim Neratii ac Celsi sententia ait, & tum cessare
Senatusconsultum: sed Julianum adjicere, si color
quæsitus sit, ut filiofamilias, qui erat mutuam
accepturus pecuniam, fidejuberet alio reo dato:
fraudem Senatusconsulto factam creditori nocere,
& dandam tam filiofamilias, quam reo exceptio-
nem: quoniam & fidejussori filiofamilias subveni-
tur l. 7. D. b. t.

Vidimus, Senatusconsulto prohiberi, ne filiofa-
miliias mutua detur pecunia, Expectas tradi; u-
trum sola designetur datio numeratæ pecuniæ, an
omnium quæ mutua dari solent. Hanc litem diri-
mit Ulpianus l. 7. §. 3. D. b. t. sic scribens: *verba
videntur mihi ad numeratam pecuniam referri. aut e-
nim Senatus, Mutuam pecuniam dedisset.* Sensus Ul-
piani: quod appellatio pecuniæ late patet: præter
numeratam pecuniam, & quantitates & corpora
complectens: verum hic coangustatur appposito
verbo, non enim vetat Senatus, pecuniam dari: sed
vetat, mutuam pecuniam dari. qua adjectione fa-
cta, nil necesse fuit, quærere; an sub pecuniæ appel-
latione in Senatusconsulto corpora comprehen-
dantur; (quod alioquin certissimum est l. 178. D.
de verb. signif.) nam mutuum non recipit corpora:
solas recipit quantitates. at nec omnes has Senatus
indigitat; licet omnes possint mutux dari, alioquin
sufficiebat mutui mentio, & supervacua erat pecu-
niæ adjectio. ira vero efficitur ex sententia Ulpiani:
ut Senatus, nolens mutuam pecuniam filiofamilias
dari, non videatur omnem prohibere mutui for-
mam, sed unam numeratæ pecuniæ. Si tamen fraus
sit Senatusconsulto adhibita; puta, frumento vel
vino vel oleo mutuo dato, ut his distractis fructi-
bus filiofamilias pecunia uteretur: & hic ait Ul-
pianus d. l. 7. §. 7. D. b. t. filiofamilias subvenien-
dum esse.

Verat igitur Senatus, numeratam pecuniam filiofamilias mutuam dari. utrum sub usuris, an sine usuris. Hoc suadeat verbi proprietates; quam pulchre indicat hoc Pedonis Albinovani.

Præ data est utenda, data est sine fœnore nobis

Mutua, non certa perfoluenda die.

Nonius quoque: verba Nonii. *Mutuum a fœnore hoc distat, quod mutuum sine usuris: fœnus cum usuris sumitur, & est accepti fœtus. unde & fœnus dictum est, ut Grace τὸν κέρδιος, quasi partus mutui sumpti. Plant. Afinar.* Nam si mutuo non potero, certum est, summam fœnore. Unde honestius est, quod sub amico affectu fiat, tamen usu temporis necessarii fœnore sumere decet. Sic quidem illi. At Ulpianus in l. 7. §. 9. D. h. t. contra scribit: *Sive sub usuris mutua data sit, sive sine usuris, ad Senatusconsultum spectat.* Ulpianus verbi vim non ex ejus proprietate æstimat; sed, quod res postulat, ex mente & sententia Senatus: qui vetans: filiofamilias credi mutuam pecuniam, id est, gratis utendam sine usuris, æque aut magis noluit, ei pecuniam dari sub usuris, id est, non gratuitam. Non est, quod hæreamus: toto Senatusconsulto præsertim spectante ad fœnus, pessimo exemplo exerceri a Macedone solitum. Quid, si hoc Senatusconsultum ab hac re in l. 3. C. h. t. vocatur Senatusconsultum quo fœnerare filiisfamilias est prohibitum? In primis verò huc pertinet, quod in fine Senatusconsulti subjicitur: *Ut scirent qui pessimo exemplo fœnerarent.* Igitur improbat Senatus utrumque tam fœnus, quam mutuum.

Non minus meretur annotari: quod Senatus non vetat, mutuam pecuniam filiofamilias: promitti; sed vetat, illi mutuam pecuniam dari. ait enim, *Placere; ne ei qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset, actio petitioque daretur.* Sit igitur mutua pecunia filiofamilias dari promissa stipulatione, & mox credita, id est, mutua data patrifamilias emancipatione facto: ait Ulpianus l. 3. §. ult. D. h. t. cessare Senatusconsultum: eo quod promissa quidem filiofamilias est pecunia mutua, sed est jam patrifamilias data. quod Senatus non prohibuit. Et opportune subjicitur ex Scævola l. 4. *Quod vulgo dicitur, filiofamilias credi non licere, non ad verba referendum esse, sed ad numerationem.* id est, non ad stipulationem, quæ interrogatione & responsione constat; sed ad dationem, pecuniæ numeratione fieri solitam. Ergo hic (quod ex Paulo additur l. 5.) & in solidum damnabitur, non in id quod facere potest, quamvis exheres a patre vel emancipatus sit. Possim videri, quantum satis, adjuvisse Ulpianum in d. l. 3. §. ult. nisi adhuc obscura essent hæc ejus verba: *Sive capite deminutus sit, sive morte patris, vel alias sui juris sine capitis deminutione fuerit effectus.* Quis enim Ulpiani tempore, præter mortem, fuit modus tollendæ patriæ potestatis sine capitis deminutione? jure novo est dignitas patriciatus l. 3. C. de Consulibus. sunt & aliæ in Novell. 81. c. 1. & seqq. sed hos modos a Justiniano inventos ignoravit Ulpianus. an igitur a Triboniano inflexum dicemus ad jus novum? mihi non videtur, sed respicere ad dignitatem Flaminis Dialis, & Virginis Vestalis: quos ea tempestate a patriæ potestate sine capitis deminutione exiisse, supra probavi sub Titulo, *De adoptionibus, ad fin.*

Huc usque ostendi, a Senatu prohiberi, ne filiofamilias mutua pecunia detur. Sequens locus dicet, quid juris sit, si contra factum dicatur. Ait Senatus: *Placere, ne cui qui filiofamilias mutuam*

pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis cujus in potestate fuisset, actio petitioque daretur. In his verbis animadvertit Marcianus odium Senatus contra fœneratorem l. 40. D. de condiç. indeb. Ulpianus l. 9. §. 2. D. h. t. dicit severitatem Senatus: & in §. 4. d. l. ait, ea liberationem fieri ob pœnam creditorum. Indicavi pœnam; nondum formam: cum possit metui, ne fœneratoris actio petitioque hac locutione, *Ne actio petitioque detur*, ipso jure infirmetur. Sed Veteres aliter interpretati sunt. & clare Ulpianus in l. 11. D. h. t. ait, *Non opposita exceptione Senatusconsulti, sequi condemnationem.* Igitur cum scirent Veteres, filiumfamilias ex omni causa, tamquam patremfamilias, obligari l. 39. D. de oblig. & act. Senatui vero esse jus aliquam rem, aut aliquam personam, movente utilitate, legibus eximere, etsi non soleat eas directo abrogare: sic acceperunt Senatus verba; quasi respicerent ad effectum institutæ actionis: arbitrati, dandam quidem fœneratori esse actionem eam postulanti certo jure civili; sed datam sine re esse relinquentiam, tamquam inutilem. Sic dedit Prætor auctoritati Senatus; ut, si manifestum sit, mutuam pecuniam esse filiofamilias datam contra voluntatem Senatus, denegat fœneratori actionem; alioquin det cum exceptione, Extra quam si pecunia mutua data sit adversus voluntatem Senatus. qua opposita, is est exitus: ut nihil intersit, utrum nulla sit actio petitioque; an per exceptionem infirmetur l. 112. D. de reg. jur.

Proximum est, quid Senatus actionis petitionisque appellatione designet. plerumque actio dicitur quæ in personam, petitio quæ in rem, datur l. 178. §. 2. D. de verb. signif. in proposito autem in personam actio est, conditio certi ex mutuo, vel ex stipulatu: petitio sola hypothecaria, pignore in securitatem mutui obligato. nam de rei vindicatione non cogitavit Senatus; quia dominio ex causa mutui in debitorem translato, creditor dominus esse desit: ideoque non habet pecuniæ vindicationem, ne extantis quidem.

Ut igitur apparet, denegatur fœneratori actio petitioque, credita filiofamilias pecunia: utique, si sit per luxuriam consumpta. imo vel in peculio adhuc extante. Durum hoc; non nego: sed generalia sunt Senatus verba, *Ne actio petitioque daretur*: & secundum hæc Ulpianus l. 9. §. 2. h. t. *Nec interest, inquit, consumpti sint nummi, an extent in peculio.* At enim iniquum est, aliquem cum alterius injuria fieri locupletiores. Quid, si id fallit, quoribus alicui, ut in præsentia, pœnæ causa quid adimitur? illa enim legibus inflicta, ob communem utilitatem, licet damnum inferat, non intelligitur damnum inferre. ac valde probandum, quod a Tryphonino observatum l. 31. D. de positi, cum de æquitate quæritur, multum referre, quomodo æstimetur; utrum ad merum jus gentium, an magis cum præceptis civilibus & Prætoriiis. nam ad merum jus gentium eam exigentibus, procul dubio restituenda fœneratori erit pecunia extans; sed si jus civile intuemur & legum ordinem; non fuerit absurdum, male meritum de republica, quo aliis exemplo sit ad deterrenda maleficia, egestate laborare.

Cæterum ut non refert Senatus, utrum consumpta sit pecunia, an extet: sic nec interest ejus, qualis sit fœnerator, qui eam filiofamilias mutuam dederit. Non ibo longe: ipse ait Senatus; *Ne cui qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset, actio petitioque daretur.* Generalis est hic sermo: *Ne cui*: & ideo (ut Mar-

Marcianus ait *l. 1. §. 1. D. h. t.*) nihil interest, quis filiofamilias crediderit, utrum privatus, an civitas. Ejus quod de privato dicit, facile constat ratio, at in civitate subsistas. quis enim præsumat, deventuram eo malitiæ; ut aut ipsa aut ejus actores sustineant materiam præstare malis moribus? Sed Marciano visum, in civitate quoque locum habere Senatusconsultum, & ita inquit D. Severum & Antoninum rescriptisse: existimantes videlicet, quod in Macedonia expertus est Populus Romanus, ejusmodi esse, ut ab omnibus timendum sit; ideoque non tam esse animadvertendum, quis crediderit, quam cui; cum utique ei scerneret malo exemplo, tamen si alioquin non peccet animo.

Hæc; si scelerator scivit, se filiofamilias dare mutuam pecuniam, sed si nescit, ignorasse, nihil, inquis, excipitur, multa tamen, quamvis non excipiantur, intelliguntur, ac si rem recta putamus via: quæ causa Senatui puniendi sceleratorem? nisi quod pecuniam filiofamilias dedit sciens, esse filiumfamilias: si vero consilio peccavit, si vero juris ignorantia, quæ non habet excusationem. Non ita est in ignorante, esse filiumfamilias: hic enim voluit, pecuniam dare patrifamilias: quod non prohibet Senatus, credidit tamen filiofamilias: lapsus errore facti; cum putaret, patremfamilias esse, teneatur igitur Senatus verbis: adversus quæ dedit pecuniam, at ejus sententia excusatur: nolens offendere Senatus voluntatem. Vidit hoc Julianus *l. 19. D. h. t.* dicens, nulli ob stare exceptionem; nisi qui sciret, aut scire potuisset, filiumfamilias esse, cui pecuniam credidit. Exemplum in *l. 1. C. h. t.* in filio: qui in patris potestate existens, mutuam pecuniam accepit, cum se patremfamilias diceret, ejusque affirmationi crederetur, non simpliciter, sed iusta ratione, puta, (quod ex Juliano ponit Ulpianus *l. 3. pr. §. 1. D. h. t.*) creditor putavit, patremfamilias esse eum cui pecuniam dedit, non vana simplicitate deceptus, nec juris ignorantia, sed quia publice plerisque paterfamilias videbatur, sic agebat, sic contrahebat, sic muneribusungebatur, sic denique conductæ habebat vectigalia: quæ, ut videtur, solis licebat patribusfamilias conducere. Id si in facto liqueat: ait Ulpianus, Julianum sequutus, cessare Senatusconsultum; itaque rescriptum esse, forte *l. 2. C. h. t.* & recte, quia non creditor peccavit, sed pater: qui aut scivit, suum filium se sic gerere pro patrefamilias; & debuit hoc prohibere: aut nescivit; & imputet sibi quod in mores filii non inquisivit, utcumque, ad curam ejus pertinuit; ne eo modo alius per filium quem in potestate habebat, deciperetur.

Ex superiore quæstione, ut sit, nascitur sequens apud Ulpianum *d. l. 3. §. 2.* quid juris sit in pupillo, si pecuniam filiofamilias mutuam dedit? ait autem Ulpianus, hunc per ætatem non potuisse scire, an sit filiusfamilias: ideoque Julianum putare, cessare Senatusconsultum, addit, eum nec aliter sentire in minore viginti quinque annis. Sed ipse in minore subsistit: dicens, ei a Prætoribus esse causa cognita succurrendum per in integrum restitutionem: qua de supra libro IV. sub Titulo, *De minoribus*, In pupillo autem non resistit quidem Juliano; sed ait, eum debuisse etiam alia ratione inhibere Senatusconsultum: eamque rationem esse: quod pecunia quam pupillus sine tutoris auctoritate det mutuam, non sit mutua. & a simili hoc adfert argumentum: quod ipse Julianus ad eundem modum opinatur, Si filiusfamilias filiofamilias crediderit pecuniam, cessare

Senatusconsultum: eo quod non sit mutua pecunia, quamvis habuerit liberam peculii administrationem. Quam ob rem? ait, quod filiusfamilias pecuniam filiofamilias mutuam dando, eam perditurus est severitate Senatusconsulti; pater autem indulgens ei peculii administrationem, non concedit ei jus perdendæ, sed administrandæ, pecuniæ: & ideo patri superesse nummorum vindicationem.

Difficilior in *l. 3. §. 7. D. h. t.* est deliberatio in duobus credendi reis: quorum unus filiofamilias mutuam numerat pecuniam: alter ab eo stipulatur, si unus sciat, alter ignoret, filiumfamilias esse: ait Ulpianus, severius dicendum, (sic legendum) utrique nocere, videlicet, quia unitate obligationis in utriusque persona consistentis, efficitur; ut a sciente liberatus filiusfamilias, etiam ab ignorante liberatus esse intelligatur, non quasi alteri per alterum noceatur: sed quod actio in persona unius infirmata, ne alteri quidem prodesse potest. Sic Ulpianus: & observanda hæc ejus locutio: *Severius dicendum est*: cum præsertim indicet, Ulpianum sicut alias sic hic, in Senatusconsulti explanatione, severiorem sententiam sequi odio sceleratorum: quibus minime faveri voluit Senatus, quamquam alioquin passura non videatur æquitas alteri per alterum noceri.

Vice versa, ponamus duos filiosfamilias debendi reos ejusdem pecuniæ creditæ: & creditori unus conditionem innovasse, alterius non innovasse, an uterque vel hic liberatus censeri debet? Ex sententia Ulpiani (quæ est in *l. 7. §. 8. D. h. t.*) interest, ad quem pervenerit pecunia: nam si data sit ei quem creditor scivit filiumfamilias esse: ait Ulpianus, Senatusconsulto locum esse: quia utique pecunia filiofamilias est credita; ideoque non unum modo, sed alterum quoque, liberari, quod si pecunia sit data ei quem creditor ignoret, filiumfamilias esse; jam magis esse, ut uterque teneatur: nam errorem creditoris excusari ob eum qui pecuniam accepit; in altero nihil fieri contra voluntatem Senatus: nolentis, pecuniam filiofamilias a sciente dari: quod hic factum non est.

Apparet igitur, exceptionem a Senatu permitti adversus actionem, petitionemque sceleratoris, mutuam pecuniam filiofamilias dantis, idemque observandum in successoribus ejus: nam & his denegandam actionem esse, Ulpianus censet *l. 7. §. 6. D. h. t.* Cæterum cui danda hæc exceptio sit, non indicat Senatus. Potest igitur videri, eam in rem dedisse: existimantibus Veteribus, legem aliquid sine designatione personæ jubentem veterantem, in rem, id est, generaliter, jubere vel vetare, notavi talia sub Titulis, *Quod metus causa*, item *De petitione hereditatis*, & *Ad exhibendum*. Horum exemplo hic putemus, exceptionem a Senatu generaliter dari omnibus adversus quos, absque Senatusconsulto esset, actio daretur ex mutuo filiofamilias dato: non quod de his palam loquutus sit Senatus: sed quod Veteres ex usu juris interpretati Senatus verba, ea sic acceperunt, quasi comprehendant omnes quibus competeret actio, nisi eis Senatusconsulti severitate denegaretur. Hac ratione de herede consentit Ulpianus, si filiusfamilias decesserit paterfamilias; & de patre, si filiusfamilias decesserit *l. 7. §. 10. D. §. 1. 6. C. h. t.* Plus ait Ulpianus *l. 9. §. 3. D. eod.* etiam fidejussori & mandatori adversus creditorem exceptione Senatusconsulti succurri, utique, si & ipsi habeant ex mandato regressum adversus filiumfamilias.

nam si donandi animo intercesserunt: tunc, quia non habent regressum, non putat locum habere Senatusconsultum. Sic Ulpianus. Cur tam varie: cum simpliciter loquatur Senatus? Nimirum, creditor petens a fidejussore, regressum habente adversus filiumfamilias pro quo intercessit, vi ipsa petit a filiofamilias: quippe cum fidejussor solum debitum a filiofamilias repetit mandati actione; non refert filiumfamilias, utrum fidejussori, an creditori, solvat debitum. Non ita est, ubi fidejussor pro filiofamilias intervenit donandi animo, eoque regressum adversus eum non habet, quia praesertim agit Senatus: ut patris securitati consulat. idque etiam obtinebit tum, cum actionem creditori permittit adversus fidejussorem aut mandatorem; qui filiumfamilias, ejusve patrem, heredesve repetere non potest.

Vidimus, quando Senatus, a fœneratore data filiofamilias mutua pecunia, eum coërceat exceptione adversus ejus actionem petitionemque. etiam vidimus aliquot casus quibus temperata ex mente Senatus sit ea severitas. restant pauci in *l. 2. C. h. t.* annotandi. sunt autem illi recepti interdum ex persona patris, interdum ex persona filiofamilias: nam de creditoris parte ante dictum est. a parte patris duo occurrunt: unus est, si pecunia filiofamilias patris voluntate credita sit. alter, si versa sit in rem patris. utriusque justa ratio est: sola Senatus cura, ne pater habeat a filio metuere injuriam: quæ volenti non fit. jam si pecunia a filiofamilias mutuo sumpta, in rem patris vertitur: est hic exitus; ut neque vitium habeat, neque in Senatus reprehensionem cadat. æquum igitur est, cessante Senatusconsulti ratione, cessare ejus severitatem. De utraque videamus specie. prior habet patris voluntatem. hæc ejus mandato aut jussu perficitur; nec minus tacito consensu scientis, & cum potest, non prohibentis *l. 7. §. 11. l. 12. l. 16. h. t.* An & rati habitatione? Veteres dubitarunt; sed Justiniano *l. ult. C. h. t.* visum, patris rati habitationem vel principali patris mandato, vel ejus consensui non esse ab similem; & ideo generaliter retrahere ac confirmari ea quæ ab initio subsequuta sunt. sic vero significat, præcedentem filii obligationem sequente patris rati habitatione confirmari, cum adversus patrem, tum adversus filiumfamilias, ejusque fidejussores: quibus exceptio, absque rati habitatione foret, certo jure competiisset. Atqui exceptio fidejussoribus adquisita, non potest iis invitis auferri. Sed postquam obtinuit, rati habitationem retrahere, perinde esse cepit, ac si obligatio semper constitisset; nec exceptio umquam adversus eam competiisset. Cæterum quomodo fiat rati habitio, palam, an tacite, parum refert. exemplo res clara *l. 7. §. 15. D. h. t.* nec opus explicatione. Est & alia, præter superiorem, causa denegandæ exceptionis: si pecunia mutua data filiofamilias ab eo versa sit in rem patris *d. l. 2. C. h. t.* sive eam hoc animo accepit, ut in rem ejus verteret; sive ab initio non sic accepit, sed postea in rem patris vertit: nam & tum intelligendum, est ab initio accepisse, ut in rem verteret. Quod si mutuam pecuniam acceptam patri solvit in proprium debitum, non videtur vertisse: & ideo si pater ignoravit, adhuc erit Senatusconsulto locus *d. l. 7. §. 12.* Aliiter dicitur in eo, qui studiorum causa absens, mutuum acceperat: utique, si probabilem modum, id est, quantitatem a patre solitam subministrari, non excessit *d. l. 7. §. 13.* Similiter cessat Senatusconsulti exceptio, si filius ac-

cepit mutuam pecuniam; ut liberaret eum: qui si peteret, exceptione non submoveretur *d. l. 7. §. 14.* Quid, si acceperit mutuam pecuniam; ut eam pro sorore sua daret in dotem? ait Paulus *l. 17. h. t.* patrem teneri actione de in rem verso: præfatus, ipsi mortua in matrimonio puella dotis repetitionem dari.

At non tantum ex persona patris, sed etiam ex persona filii, cessat Senatusconsultum. & est exemplum in *d. l. 2.* si filius suæ potestatis constitutus, fidem suam obligavit facta novatione. quæ ratione? quia jam non manet vetus obligatio quam fecit filiusfamilias, prohibente Senatu: sed est nova, facta a patrefamilias, quam Senatus neque verat, neque improbat. Idem, si filiusfamilias factus paterfamilias, alio quocumque modo agnoscat debitum: nam sic perinde habetur, ac si a patrefamilias esset contractum; quia a filiofamilias contractum, & a patrefamilias impletum solutione, verbi gratia, in totum, vel pro parte, a patrefamilias approbatum esse, negari nequit. quare si paterfamilias in totum aut ex parte solvat pecuniam quam filiusfamilias acceperat mutuam; neque solum repetit, & de reliqua conventus, non utetur Senatusconsulti exceptione *l. 7. §. ult. D. h. t.* Quid, si pignus det? vel eo agnoscit debitum. est enim pignus accessio debiti. illud vero sine hoc esse nunquam potest. igitur pignore a patrefamilias constituto in securitatem debiti, quod contraxit filiusfamilias; quis dubitet, & ipsum debitum ab eo agnitum, firmatumque esse. Utrum tamen totum, an ad modum pignoris? Hoc conjunctio *l. 7. §. ult. cum l. 9. h. t.* suadet. sunt enim ex eodem lib. 29. Ulpiani ad Edictum, & olim cohaeserunt hoc modo: *Si paterfamilias factus solverit partem debiti, cessabit Senatusconsultum: nec solum repetere potest. Sed si paterfamilias factus, rem pignori dederit, dicendum erit, Senatusconsulti exceptionem ei denegandam usque ad pignoris quantitatem.* Ratio differentiae inter solutionem & pignus non una adfertur ab eruditis Interpretibus. Sed, quod sit dictum cum proluxa eorum pace, nulla sapit. nec tamen a me impetro, ut quæram novam: quia non facile invenietur vera: illa differentia, quantum conjicio, magis ab auctoritate alicujus, olim regnum in Foro habentis, quam a certa ratione profecta. Sæpius contigerunt talia, & simile quid deprehendi alibi in Servio Sulpicio: inter quem & Gallum Aquilium in Fori disputatione fuit dubitatum: utrum jus oneris ferendi esset prædii servitus. natura servitutis subnixæ erat Galli sententia: negantis, servitutem ita posse imponi. sed evaluit contraria Servii in proposita specie, ut possit quis defendere, jus sibi esse, cogere adversarium, parietem reficere ad onera sua sustinenda. Hoc ex Ulpiano *l. 6. §. 2. D. Si servit. vindic.* observavi supra sub Titulo, *Commun. prad. & ante lib. sing. Ad Edict. De pact. & transact. c. 19.*

Mitto illa: quod dixi. agnitione debiti facta a patrefamilias, confirmari debitum mutuae pecuniae filiofamilias data, ita verum est, si a sciente fiat agnitione: nam si contigerit errore facti, ait Pomponius *l. ult. h. t.* licere obligato, se tueri exceptione in factum *l. ult. D. h. t.* Adhuc addam, eam debiti agnitionem in persona filiofamilias demum procedere, postquam est paterfamilias factus. nam si debitum agnoscat, cum est in potestate: inutilis est agnitione, tantum firmatura mutuum, a Senatu improbatum. quid si solvat, repetetne solum? Non puto. & est ratio: quia

quia naturalis obligatio manet. l. 9. §. pen. junct. §. ult. §. l. 11. D. h. t. pater tamen repetet a filio ex re sua solutum, atque ut Ulpianus ait d. l. 9. §. 1. ex omni eventu: id est, sive consumpta sit pecunia, sive extet. Sic Ulpianus, & allegat Julianum. Idem tamen in l. 14. D. de reb. cred. quæ est ex eodem libro ex quo est d. l. 9. id negat: & ut utitur auctoritate Marcelli, a Juliano passim recedentis: non inverisimilis est sententia V. Cl. Jacobi Cujacii lib. 14. Observ. c. 35. inanem fore operam sperantis, conciliare eos qui conciliari nolint.

Postremo ait Senatus: *Ut scirent qui pessimo exemplo fœnerarent, nullius posse filium familias bonum nomen expectata patris morte fieri.* Sufficit igitur Senatui, a fœneratore peccari exemplo, etsi non peccetur consilio. quod & alibi observatur l. 3. §. 2. D. Ad Leg. Cornel. de sicar. §. l. 38. §. 5. D. de poenis. Hisce porro verbis, *Expectata patris morte*, rem odiosam ac nefariam a Senatu significari, ipso prope sono intelligitur. convenit nempe filii boni & pii officio hoc Juvenalis Sat. 3. vers. 43.

- - - Funus promittere patris

Nec volo nec possum.

De impio contra Ovidius lib. 1. Metamorph. scribit:

- - - Ante diem patrios inquit in annos.

Alter igitur optat vitam patris, alter expectat ejus mortem. Demea sic apud Terentium Adelph. 5. 4. 20. *Illum ut vivat optant. meam autem mortem expectant scilicet.* Eodem alludit hoc Quintiliani, lib. 9. Inst. Orat. c. 3. p. 685. *id est, ut a, ejusdem verbi contraria significatio. Cum Proculejus quereretur de filio, quod is mortem suam expectaret, & ille dixisset, se vero non expectare, imo, inquit, rogo expectes.* Possent hæc sufficere ad intellectum verbi. addam tamen hoc Livii lib. 28. c. 27. *In castris en meis (quantum me opinio fefellit) fama mortis mee non accepta solum, sed etiam expectata est.* Apparet igitur, Senatum hoc agere, ne filius familias nomen quod vivo patre erat malum, expectata, sive desiderata, quæ sitave, ejus morte fiat bonum? Longius id trahit Justinianus §. 7. Inst. *Quod cum eo qui in alien. potest.* si filius familias emancipatione fiat sui juris: puto, suadente utilitate ex mente Senatus; licet verba deficient. Similiter Ulpianus l. 7. §. 4. D. h. t. Si, inquit, filius in alterius erat potestate, cum

mutua daretur, nunc in alterius, mens Senatusconsulti non cessat. dabitur itaque exceptio. Præterea subjicit in §. 5. si non mors, sed alia causa ejus patri inciderit, quo minus sit in civitate, Senatusconsulto locum fore. Nimirum Senatus exceptionem filiofamilias non concedit ideo, quod eum, cum convenitur, filium familias deprehendit: sed quod ei, cum esset filius familias, mutua pecunia data est; idque nomen, quod est malum, quamdiu est in potestate patris, qualicumque modo solvendæ patriæ potestatis deinceps bonum fieri, publice non expedit.

Non mihi permitto; ne putem, ab eadem duci causa, quod in l. 11. D. h. t. dicitur, exceptionem hujus Senatusconsulti, si omissa sit ante sententiam, adhuc post eam in ipsa posse executione opponi. id recedere ab usu perpetuarum exceptionum, quibus exceptio hujus Senatusconsulti annumeratur l. 9. §. 4. D. h. t. non est, quod negemus l. 2. C. Sent. rescind. non poss. Interim nititur hoc optima ratione juris, si quando cum filiofamilias agitur nam paterfamilias factus, si nolit uti Senatusconsulti exceptione, ea uti non cogitur; sive ei palam renunciaret, sive tacite. at filius familias judicio conventus, si omittat Senatusconsulti exceptionem, sive sponte, sive per errorem, & condemnatus non appellet: non prohibetur, eam vel in executione opponere: nolente ratione, filium familias pacto expresso aut tacito eludere auctoritatem Senatusconsulti, non in honorem ejus facti; sed ad securitatem patris, & in pœnam fœneratorum: quam proinde pendere ab arbitrio filii familias luxuriosi & prodigi non oportet: cum præsertim ille tam facile sit Senatusconsulti exceptionem, quam ejus prohibitionem, neglecturus. ita insit Ulpianus Julianum scribere in ipso filiofamilias, exemplo mulieris intercedentis & recte: nam Senatusconsulto Vellejano improbata vetitaque illi similiter omni modo intercessione pro aliis, ideoque nulla ejus renunciatione, si quæ facta sit adversus voluntatem Senatus: æque rationis est, illam, si non opposita Senatusconsulti exceptione condemnata sit, hac in executione adhuc uti: ne alioquin illi fiat jus, vel sic tacite circumvenire mentem Senatus, contra cujus verba intercedere palam plenissime prohibetur:

ut in loco apparebit.

LIBER DECIMVS QVINTVS.

TITVLVS I

De peculio.



ULPIANUS l. 1. h. t. ordinari-
um, inquit, Prætor arbitratus est,
prius eos contractus exponere eo-
rum, qui alienæ potestati subje-
cti sunt, qui in solidum tribu-
unt actionem: sic deinde ad huc

(forte legendum, ad hunc) pervenire, ubi de peculio datur actio. Est autem triplex hoc Edictum: aut enim de peculio, aut de in rem verso, aut quod jussu, hinc oritur actio. Prima occurrit de peculio actio. Esse autem peculium dictum, quasi pusillam pecuniam, sive patrimonium pusillum, Ul-

pianus ait l. 5. §. 3. h. t. facta, ut videtur, comparatione pecuniæ aut patrimonii filii servive cum eo quod sit patris aut domini. alioquin posse vel servi & filii peculium bene magnum & opulentum esse, intelligitur ex l. 7. §. 4. & seqq. d. t. §. 5. in fin. Inst. *Quod cum eo qui in alien. potest.* & est exemplum apud Suetonium Tiberio c. 15. Non minus utile est sciri: quod Theophilus §. 4. Inst. eo. t. peculium filii aut servi, cum patrimonium dicitur, interpretatur naturale patrimonium: videlicet, quia exactum ad jus civile, non est servi aut filii patrimonium. solum dicitur patrimonium patris aut domini: cui jure potestatis tam filius,

filius, quam servus acquirit omnia. Ita non male Justinianus §. 10. *Inst. de action.* dicit, peculium esse velut patrimonium filiorum, filiarumque, item servorum. Sed definitionem videamus. peculium Tubero apud Ulpianum *d. l. 5. §. 4.* sic definit: quod servus domini permisso separatim a rationibus dominicis habet, deducto inde si quid domino debetur. Nec alio pergit Florentinus *l. 39. d. t.* dicens, & ex eo peculium consistere, quod parcimonia sua quis paravit, vel officio meruerit a quolibet sibi donari, idque velut proprium patrimonium servum suum habere quis voluerit. Florentinus innuit, solitos antiquitus dominos, addo patres quoque, acuendæ industriæ parcimoniæque gratia, cum servis, tum liberis quædam permittere administranda exemplo & jure quodam patrimonii: ut tamen hæc domini aut patris re vera existimarentur. Sed ut ad Tuberone veniam: cum is peculium dixisset, quod servus a domini rationibus ejus permisso separatim habet: mox quasi tum fuit, an hæc definitio etiam ad vicariorum peculia pertineret? & quidem negavit Labeo: sed ei restitit Celsus *l. 6. h. t.* arbitratus, eo ipso quod dominus servo constituit peculium, etiam vicario constituisse. inde obtinuit, sub servi peculio etiam vicariorum servi peculium contineri *l. 17. §. alibi d. t.* Superioribus addendum: quod ubi dixit Tubero, peculium esse, quod habet servus, pro exemplo accipiendum est: cum non minus filiorum filiarumque, quam servorum, in potestate existentium peculium esse, ex superioribus intelligatur. Quamquam interest, quod servi peculium semper fuit uniusmodi, ut puta totum profectum ex re & substantia domini: cum filii familias peculium, etsi ab initio quoque tantum fuerit profectitium, tamen progressu temporis factum sit quadruplex: scilicet, profectitium, adventitium, castrense, & quasi castrense. Differentiam singulorum, omnibus ultro notam, ex professo hic repetere, supervacua fuerit diligentia: ac suffecerit, dixisse, filii familias peculium profectitium solum ad hanc actionem de peculio pertinere: cætera non pertinere. Est igitur Tuberone peculium, quod servus a rationibus dominicis separatim habet: at non qualiter qualiter, ne puta: sed domini permisso. sic enim definit. & ei convenienter Pomponius *l. 4. h. t.* ait, peculii esse non id cuius servus seorsum a domino rationem habuerit: sed quod dominus ipse separaverit, summa servi rationem discernens. non absurde: nam cum servi peculium totum adimere vel augere, vel minuire dominus possit; animadvertendum est, non quid servus, sed quid dominus constituendi servilis peculii gratia fecerit. Et valde probo, quod in §. 5. Ex his, inquit, apparet, non quod servus ignorante domino habuerit, peculii esse, sed quod volente: alioquin & quod subriperit servus domino, fieri peculii: quod non est verum. Igitur placet Paulo *l. 8. t.* dominum non statim, quod ex re sua peculii esse voluit, peculium fecisse: sed si tradidit, aut cum apud eum (servum designat) esset, pro tradito habuit: desiderare enim rem naturalem dationem. contra autem, simulatque noluit, peculium servi esse, definire peculium esse. Sic ille. Nec mutat, quod in *l. 7. §. 2. d. t.* ait Ulpianus, Scire non utique singulas res debere dominum, sed *πρὸς τὴν οὐσίαν* id est, pinguius. Nam hoc demum procedit, constituto peculio. ex quo tempore etiam ignoranti adquiri, Papinianus ait *l. 44. D. de adq. possess.* præfatus, utilitatis causa ju-

re singulari esse receptum, ne cogerentur domini per momenta species & causas peculiorum inquirere. Vult igitur Tuberone definitio, (ut hanc tandem absolvamus) in peculio videri quidquid servus domini permisso habet separatim ab ejus rationibus: non omnimodo; sed, ut ait, deducto inde, si quid domino debetur. Id vero debitum accipe naturaliter *l. 11. §. 2. h. t.* jure enim civili nec servus domino, nec dominus servo debet; sed cum eo verbo abutimur, factum magis demonstramus, quam ad jus civile, referimus obligationem *l. 41. h. t.* Porro, cur computari debeat peculium servi, deducto quod domino debetur, Ulpianus *l. 9. §. 2. d. t.* hanc dat rationem: quia dominus prævenisse, & cum servo egisse creditur. Pedius §. 4. mox sequente ideo, inquit, quod domino vel patri debetur, minus in peculio esse: quoniam non est verisimile, eos concedere servo aut filio in peculio habere quod sibi debetur.

Expedita peculii definitione, aliquis expectet divisionem. Sed in persona servi nulla umquam fuit: ejus peculio ex re domini semper profecto. unaque hæc forma olim etiam fuit in persona filii familias: etsi hujus peculium deinde quadruplex esse cœperit: nempe profectitium, adventitium, castrense, & quasi castrense: ut notum. Sed quod ad Edictum attinet, de solo est profectitio. age igitur nunc, quid de eo edixerit Prætor, consideremus. Ulpianus *l. 1. §. 2. h. t.* hanc prædit partem: *Quod cum eo qui in alterius potestate esset, negotium gestum erit.* Verum ut integretur Edictum, addenda sunt sequentia: *de eo adversus eum id cuius potestate esse dicetur, quatenus in peculio erit, aut ejus dolo malo erit factum, quo minus in peculio sit, actionem dabo.* Hæc Edicti forma ex sequentibus liquebit. In præsentia dicam, quando faciat Prætor actioni de peculio locum. & puto, facere; si cum eo qui in alterius potestate est, negotium gestum erit. id enim est consequens primis Edicti verbis. Prætor de eo loquitur, non de ea: sed Ulpianus §. 3. *d. l. 1.* ita interpretatur, ut & ob eam quæ est fœminini sexus, detur ex hoc Edicto actio. Ulpianum confirmat Gajus *l. 27. d. t.* Et ancillarum nomine, inquiens, & filiarum familias in peculio actio datur: maxime, si qua sarcinatrix aut texitrix erit, aut aliquod artificium vulgare exerceat: & addit Gajus, Julianum scribere, depositi quoque & commodati actionem dandam earum nomine: longe magis non dubitari, & si in rem versum est, quod jussu patris, domineve contractum sit. Pollicetur igitur Prætor actionem de peculio, si cum eo qui in alterius potestate est, negotium gestum erit. quid, si cum impubere filio aut servo contractum sit? ait Julianus §. 4. *d. l. 1.* ita dandam in dominum vel patrem de peculio, si locupletius eorum peculium factum est.

Potestatis porro verbum Ulpianus communiter accipit tam in filio, quam in servo §. 5. *d. l. 1.* & quamquam dubium non est, quin potestas in servis proprie dominium significet: tamen Ulpianus §. 6. *d. l.* ejus vim hic longius porrigit: ut non magis spectetur dominium servorum, quam facultas habendi eos: & causatur, non solum servorum propriorum nomine nos conveniri, item communium, verum eorum quoque qui bona fide nobis serviunt, sive liberi sint, sive servi alieni. Ne hic quidem subsistit Ulpianus. contra *l. 3. h. t.* licet, inquit, Prætor, si cum eo qui in potestate sit, gestum sit negotium, polli-

polliceatur actionem, tamen sciendum est, & si in nullius sit potestate, dari de peculio actionem; & tale ponit exemplum: ut puta, si cum servo hereditario contractum sit ante aditam hereditatem. Et §. 1. subjicit, inde Labeonem scribere, & si secundo, tertiove gradu substitutus sit servus, & deliberantibus primis heredibus cum eo contractum sit, mox repudiantibus eis ipse liber heresque extiterit, posse dici, de peculio eum conveniri, & deinde rem verso.

Ut igitur locum habeat actio de peculio, desiderat Prætor, cum eo qui in alterius potestate sit, negotium gestum esse: ac quia simpliciter ait, *Alterius*, nec verbum addit: placet Ulpiano *d. l. 3. §. 2.* parvi referre, servus quis masculi, an mulieris sit: nam de peculio & mulierem conveniri. præterea subjicit §. 3. Pedium scribere, etiam impuberes dominos de peculio obligari: videlicet, quia non cum ipsis impuberibus contrahitur, ut tutoris auctoritatem spectes. idemque juvare videtur eo, quod adjicit Pedius, pupillum non posse servo peculium constituere, nec tutoris auctoritate. id enim quo pertinet? nisi, ut putemus, impuberes dominos de peculio obligari demum, ubi a patre constitutum est, sane ait Ulpianus *l. 7. §. 1. h. t.* pupillum vel furiosum non quidem posse servo constituere peculium, verum ante constitutum (hoc est, ante furorem, vel a patre pupilli constitutum) his casibus non adimi. Quid igitur est? ab Ulpiano *d. l. 3. §. 4.* sic infertur: in furiosi quoque curatorem dandam de peculio actionem: nam & hujus servum peculium habere posse, non si fuerit concessum, ut habeat: sed si non fuerit prohibitum, ne habeat.

Daturus igitur actionem de peculio Prætor, vult, cum eo qui in alterius potestate sit, negotium esse gestum quo modo? ex contractu, aut quasi ex contractu. & occurrunt utriusque generis exempla. An etiam obligationis ex delicto aut quasi ex delicto? nulla. & fuerit rationis; ne pater aut dominus ex delicto filii aut servi actione de peculio conveniatur: quia, peculii constitutio, ut dixi, pendet a voluntate patris aut domini *l. 1. §. 5. D. de adquir. posses.* qui creduntur quidem voluisse, id a servo aut filio exerceri augeri que honesta & justa ex causa: sed non æque ex turpi & injusta, proinde quod ab his justa ex causa geritur, id vero peculii esse, & patrem vel dominum tenere peculiotenus quasi ex eorum voluntate gestum: sed quod ex maleficiis apprehenditur, nec peculii causam apprehendere *l. 24. D. d. t.* nec patrem aut dominum, præter eorum voluntatem, tenere, admodum probabile est. Ulpianus certe (*l. 58. D. de reg. jur.* quæ est hujus loci: quippe cum sit ex ejus lib. 2. Disputationum ex quo est etiam *l. 32. §. 36. h. t.*) Ex pœnalibus, inquit, causis non solet in patrem de peculio actio dari. Nec minus commode *l. 1. §. 7. D. de his qui effud. vel dejec.* Verba: Si filius familias cœnaculum conductum habuit, & inde dejectum vel effusum quid sit, de peculio in patrem non datur. quæso, quam ob rem? ait: quia non ex contractu venit, quid ergo? sic concludit bene: in ipsum itaque filium hæc actio (in factum de dejectis & effusis) competit, nempe, quia filius familias, ut supra dixi, ipse ex omnibus causis tamquam pater familias obligatur. Sed apparet, negotii appellatione in hoc Edicto duntaxat venire obligationem ex vero aut quasi contractu. Nec tamen vel ista semper, fingamus, servum aut filium pro alio fidejussisse, aut man-

dasse alteri solvi. an de peculio tenebitur pater aut dominus? Ulpianus *l. 3. §. 5. h. t.* servum distinguit a filiofamilias: arbitratus, in servo esse spectandam fidejubendi vel mandandi causam: nam si quasi intercessor intervenierit, non agens rem peculiarem, dominum de peculio non obligari? similiterque, si servus mandaverit, ut creditori solveretur, referte, quam habuerit mandandi causam: nam si pro creditore suo solvi mandavit, dominum esse de peculio obligatum: quod si intercessoris officio functus sit, non obligari dominum de peculio. Sic in servo Ulpianus; & probat Paulus *l. 49. §. 1. h. t.* Quid in filio? Ulpianus *d. l. 3. §. 9.* aliam tenet viam: confessus, veram esse sententiam Sabin & Cassii: existimantium, semper obligari patrem de peculio, & filium distare in hoc a servo. Similis differentia inter eos circa compromissum observatur; etsi vel illud stipulatione, id est, genere quodam negotii seu contractus constet. Eam differentiam tangit Ulpianus *d. l. 3. §. 8. §. 10.* ait autem, si servus, se pro libero gerens, compromiserit, posita pœna, nisi stet sententiæ arbitri, & Nervæ filio, & sibi, videri, ex compromisso servi dominum non esse dandam de peculio actionem: reputantibus, compromissum redigi ad similitudinem judiciorum *l. 1. D. de recept.* & si judicio damnetur servus, nec adversus eum dari actionem judicati. contra §. 10. ait esse in filiofamilias: nam ex ejus compromisso teneri patrem; nec interesse ex qua causa compromiserit: utrum ex ea ex qua potuit quis cum patre de peculio agere; an vero ex ea qua non potuit: cum ex stipulatu pater conveniatur. Non minus notabile est quod in *l. 11. d. l. 3.* tradit Ulpianus, patrem judicati quoque de peculio actione teneri, etiam ejus actionis nomine, ex qua non potest pater de peculio actionem pati: & hanc rationem dat verissimam, quod sicut stipulatione contrahitur cum filio, ita judicio contrahitur: proinde non originem judicii spectandam, sed ipsam judicati velut obligationem.

Intellecto, quando sit actioni de peculio locus; simul intelligitur, qualis sit illa actio: ubi enim apparet, eam a Prætoris promitti, negotio gesto cum eo qui in potestate sit; an dubitamus, esse in personam, nata ex contractu aut quasi ex contractu obligatione? Consequenter competit illi qui cum eo qui in potestate est, negotium gessit: siue sit in patris, siue in domini, potestate: nullo discrimine, utrum is consenserit contractui, an eum prohibuerit *l. 29. §. 1. D. h. t.*

Non major labor est scire, adversus quem competat de peculio actio, Prætoris hanc promittente *adversus eum in cuius potestate est* hic cum quo gestum sit negotium. Ita fuerit in hac actione quasi singulare; quod, cum actio in personam solet dari adversus eundem adversus quem nata est §. 1. *Inst. de action.* hæc ambulat cum eo in cuius potestate sit is cum quo negotium gestum sit. Est igitur actio de peculio in personam; sed quia propter peculium cōparata, est in re scripta, id est, generaliter scripta: sicut, in actione quoque Quod merus causa, & ad exhibendum a Prætoris observatum, exemplum in præsentia hoc accipe ab Ulpiano *l. 32. §. 2. h. t.* Venditor servi cum peculio servum vendidit, & tradidit peculium, uter convenietur de peculio: emptor, qua ratione? quia ei traditum est peculium, quid venditor? hic ne intra annum quidem de peculio convenietur. Atqui accepit pretium servi. Sed Ne-

rarius hoc pretium servi peculium esse negat; idque Ulpianus probat. Quid si quis servum ita vendiderit; ut pretium pro peculio acciperet? jam contra videtur Javoleno l. 33. penes eum esse peculium ad quem pretium peculii pervenit: non penes quem res peculiaris sit: ut ex Pomponio subjicitur l. 34. Quid, si heres jussus sit peculium dare, accepta certa summa? hoc casu videtur Javoleno l. 35. non penes heredem esse peculium.

Sequens locus est, ad quid hæc comperat actio? id vero designat Prætor his verbis quibus eam promittit, *Quatenus erit in peculio*. Fuitque causa sic definiendi: quod pater aut dominus ex contractu filii aut servi jure civili non tenentur: existimantibus Veteribus, esse absurdum, eos ex facto alterius, quamquam in eorum potestate positi, ignorantes aut invitos damno affici, at peculio negotiandi causa constituto a patre aut domino, Prætor temperaturus veterem rigorem, permisit, patrem aut dominum ex contractu filii aut servi non quidem in solidum conveniri invito jure civili; sed quod eo non erat prohibitum, quatenus fuerit in peculio: interpretatus, eos consensisse hactenus; nec fore iniquum, ex suo consensu teneri. Ita proposita de peculio actio, res perinde accepta est jure Prætorio, ac si detur propter peculium: ideoque non habet effectum, nisi sit peculium: tum quoque non ultra, quam in eo reperiatur, quo tempore? rei judicæ: nam hoc tempus spectari potius, quam litis contestatæ, Prudentibus placuit: ac pro modo qui tum erit, condemnationem fieri l. 5. §. 2. *D. de liberat. leg. l. 35. D. de fidejussorib. l. 7. §. 15. D. Quib. ex caus. in possess. eat.* Potest igitur ex hoc Edicto pater aut dominus de peculio solum conveniri, quatenus tempore rei judicæ in peculio erit l. 30. *D. h. t.* ac si tum nihil fuerit, absolvi, nec tamen ob id minus recte conventus videtur l. 50. *d. t.* hoc plus finit Ulpianus d. l. 30. §. 4. ipsa suadente æquitate, eum qui de peculio semel egit, aucto peculio, rursus agere de residuo debiti, imo Ulpianus l. 32. §. 1. *d. t.* in hoc, inquit, judicio licet restaretur præcedens, oportet tamen augmenti & decessionis rationem haberi: & ideo si hodie nihil sit in peculio, si ve accesserit aliquid, præsens status peculii spectandus est. Ex eoque sic deinde infert: Quare circa venditorem quoque & emptorem (de quibus in antecelsum dixi) hoc nobis videtur verius, quod accessit peculio, posse nos ab emptore consequi: nec re-

trorsus velut in uno judicio ad id tempus conventionem reducere emptoris quo venditor conventus sit.

Postquam demonstratum est, actionem de peculio, quatenus in peculio est, a Prætoris dari: adhuc videndum, quemadmodum id accipiendum sit. pertinet huc in primis, quod Ulpianus observat, eum qui cum servo contrahit, universum peculium ejus quod ubicumque est, veluti patrimonium intueri l. 32. *D. h. t.* Non minus sciri oportet, quæ res in peculio esse possint: quamquam his enumerandis non immorabor: quia hanc operam occupavit olim Ulpianus l. 7. §. 4. §. 6. l. 9. *pr. & §. 1.* aliquatenus etiam Paulus l. 8. *d. t.* Præterea ignorari noluit Justinianus §. 4. *Inst. Quod cum eo qui in alien. potest. est.* cum quaeritur, quantum in peculio sit, ante deduci, quidquid servus domino, eive qui in potestate ejus sit, debet, hoc enim Servium huic definitioni adiecisse, annotavit Ulpianus d. l. 9. §. 3. hac addita ratione, Quoniam hoc quoque domino deberi, nemo ambigit. Præterea ait Ulpianus §. 4. *d. t.* etiam id deduci quod his personis debetur quæ sunt in tutela vel cura domini, vel patris, vel quorum negotia administrant: dummodo dolo careant: sic enim temperat, propter rationem quæ ibidem redditur. Hisce deductis, placet Justiniano d. §. 4. id quod superest, solum in peculio intelligi. Illud non silebo, hoc jure deductionis, ut est privilegium patris vel domini, prærogativam deductionis indigitari l. 11. *D. de admin. tutor.* tantamque ejus vim esse; ut nullum privilegium patri aut domino, cum ex persona filii aut de peculio conveniuntur, præponi possit. Sic optime animadvertit Paulus l. 52. *b. 9.* nec minus dignum notatu quod addit, in cæteris creditoribus habendam esse rationem privilegiorum: amplius, his cessantibus, meliorem esse solere occupantis conditionem. porro, ne quaestioni sit, quisnam videatur occupare, prospexit Gajus l. 10. *d. t.* Occupare, inquit, videtur non qui prior litem contestatus sit, sed qui prior ad sententiam venit. Imputatur igitur peculio, quidquid superest, deducto eo quod patri aut domino debetur.

Sed longius ivit Prætor in fine Edicti: jubens, & hoc peculio imputari quod dolo malo domini factum est, quo minus in peculio esset, summa (ut Ulpianus l. 21. *b. t.* censet) cum ratione, Dolum autem malum quomodo accipere debeamus, aliquot exemplis in sequentibus demonstrat.

TITULUS II

Quando de peculio annalis actio est.

Exposita superiore Titulo natura & proprietate actionis de peculio, præsentem exponendum est, quamdiu duret de peculio actio, non quidem constante patris aut domini potestate, sed soluta, de eo Prætor ait l. 1. *Post mortem ejus qui in alterius potestate fuerit, posteaquam quam is emancipatus, manumissus, alienatusve fuerit, dumtaxat de peculio, & si quid dolo malo ejus in cuius potestate est, factum erit, quo minus peculii esset, in anno quo primum experiundi potestas erit, judicium dabo.* Ex hoc Edicto observat in §. 1. Ulpianus, quod quamdiu servus vel filius in potestate est, de peculio actio perpetua est: post mortem autem ejus, vel postquam emancipatus, manumissus, alienatusve fuerit, temporaria esse incipit, id est, annalis. Alienatio autem & manumissio (ut in §. 4. idem docet

Ulpianus) ad servos pertinet, non ad filios. mors autem tam ad servos, quam ad filios refertur. emancipatio vero ad solum filium, atque hoc est extra dubium, illud quale quod subjicit: *Sed & si alio modo sine emancipatione desierit esse in potestate, annalis erit actio.* Hæc adjectio aliquam habet obscuritatem: quis enim Ulpiani tempore is fuit modus quo sine emancipatione, id est, sine capitis diminutione desinat esse in potestate? sed jam supra annotavi sub Titulo, *De adoptionibus*, eam inspectionem usum habuisse in Flamine Diali; nam cum sine capitis diminutione patria potestate liberari solitum, ipso auctore Ulpiano in *Fragment. titul. 10. §. ultim. & A. Gellio lib. 1. Noct. Attic. c. 12.*

Præter hæc observat Ulpianus §. 3. *d. l. 1.* quod merito Prætor temporariam in hoc casu fecit actionem : hac addita ratione ; quod , cum filius aut servus morte vel alienatione , verbi gratia , in patris vel domini potestate esse desinat ; & sic extincto peculio , non possit ulterius esse de peculio actio ; nec tamen oporteat juris rigorem creditori sine ejus culpa nocere : rationis fuit Prætori , actionem usque ad annum producere *l. ult. D. h. t.* Annum autem quemadmodum computamus ? Ulpianus *d. l. 1. §. 2.* annus , inquit , utilis computabitur . & recte : quia Prætor dicit , in anno quo primum de eo experiundi potestas erit : quibus verbis annum utilem designari , ejus testimonio constat *l. 1. D. de divers. tempor. præscript.* Inde porro consequens fuit , quod idem *d. §. 2.* observat Ulpianus , annum , si conditionalis sit obligatio , non ex eo computandum ex quo emancipatus sit filius , sed ex quo peri potuit , conditione existente . Ipse præterea addam , id Prætori , cum annalem facit actionem de peculio , ita placere demum ; si illa actio , cum in potestate esset servus vel filius , fuit perpetua actio ex empto aut vendito de peculio , verbi gratia : at si ante temporalis fuit , redhibitoria , verbi gratia , ea temporalis manet *l. 2. D. h. t.*

Datur igitur actio de peculio intra annum , servo mortuo , aut alienato , sed adversus quem ? adversus eum apud quem hæret peculium . talis , alienatione per venditionem facta , est venditor *l. 1. §. 5. D. h. t.* cum servum vendidit deducto peculio . solus enim hic quæritur is apud quem sit peculium *l. 32. §. ult. D. de peculio* : quia actio de peculio , quamvis originem trahat ex contractu , eoque personalis sit , fere propter peculiū competit , ideoque in rem scripta habetur . quid , si alienatus donatione , permutatione , vel in dotem datione sit servus ? Ulpianus *d. l. 1. §. 6.* Et si , inquit , servum donavit , vel permixtavit , vel in dotem dedit , in eadem causa est . videlicet , quia non succurrit , cur vel ille qui in alium his ex causis transtulit dominium servi cujus nomine

ante factam alienationem poterat actione perpetua de peculio conveniri , post eam deducto peculio factam , non similiter annali actione teneatur . Ne recedit quidem hinc Ulpianus *l. 1. §. 7.* si quis servum alicui legavit non cum peculio . Quid , si cum peculio legavit , vel liberum esse iussit ? jam ait Ulpianus id quæstionis fuisse . inter quos ? inter Proculianos & Sabinianos : ut more suo erudire conjicit Cujacius *Ad African. Tractat. 9. in exposit. l. 38. D. de condit. indeb. pag. 1555. §. seq.* sed ipse ait Ulpianus , sibi verius videri , (quod & obtinuisse idem observat Cujacius) non dandam de peculio actionem neque in manumissum , neque in eum cui legatum sit peculium . Ergo quod restat , ultra quærit Ulpianus , an teneatur heres ? & respondet , teneri ex sententia Cæcili : præfati , quia peculium penes eum sit qui tradendo id a legatario se liberavit : hoc est , quia vice peculi habet liberationem legati ad cujus traditionem ex testamento erat obligatus . Subtile hoc , inquit , sed duriusculum . non negat Ulpianus : contra quæsito temperamento quo molliri ea durities posset , non abhorret ab invento Pegasi : volentis , heredem a legatario conventum , exigere cautionem qua is promittat , heredem defendere adversus creditores , si ab eis conveniatur . id remedium his continetur Ulpiani verbis : Pegasus autem caveri heredi debere ait ab eo cui peculium legatum sit : quia ad eum veniunt (id est , venire possunt) creditores . Hoc igitur remedio licet heredi , sibi consulere : si ante traditionem de peculio sit a legatario conventus . an & post traditionem ? minime . quid ergo ? Ulpianus sic scribit : si tradiderit sine cautione , erit conveniendus . quod & Marciano visum *l. 18. D. de pecul. legat.* Nisi & tum oneratur . Sed jam habet quod imputetur ipsi qui cum posset , sibi caveri non curavit : ut & alibi observatum *l. 3. D. de transact. §. l. 2. C. de hered. vel act. vendit.* Tantum de *d. l. 1. §. 7.* cui obicitur *l. 1. §. 10. D. de dot. præleg.* sed de hac D. Cujacius

d. loc.

TITULUS III.

De in rem verso.

Secunda actio ex tribus quarum Ulpianus in *l. 1. §. 1. D. de peculio* meminit , de in rem verso appellatur . Verba Edicti non extant . sententiam ex *l. 1. D. Quod cum eo qui in alien. potest. est* : ipse sic concinno . *Si cum eo qui in alterius potestate est , negotium gestum esse dicetur , de eo quod in rem ejus versum erit , judicium dabo.* Utilitas hujus Edicti manifesta est : Prætor & hic agente ; ne quis juris subtilitate cum alterius injuria fiat locupletior adversus æquitatem naturalem . Ivit huc Pomponius apud Ulpianum *l. 10. §. 7. D. h. t.* testatus , videri creditori servi hac actione adversus lucrum domini subventum . casus elegantes suppeditat Ulpianus *l. 1. pr. §. 1. §. 2. h. t.* qui possunt ibi videri : sunt enim perscripti pluribus verbis , quam ut lubeat hic apponere .

Igitur pollicetur Prætor actionem de in rem verso : si negotium gestum sit cum eo qui in alterius potestate est . & quia non addit verbum : placet Ulpiano post Pomponium *l. 5. §. 1. h. t.* sive ratum habeat contractum dominus paterve , sive non : de in rem verso esse actionem . Præter hanc observationem , est & altera : quod Prætor actionem de in rem verso quidem promittit , si negotium gestum sit cum eo qui in alterius potestate est , ab eoque aliquid sit in rem patris aut domini versum . at de homine libero , qui aliquid verterit in rem alterius in cujus potestate non sit , non loquitur . igitur quod in servo aut filiofamilias qui in patris aut domini potestate sunt , singulariter a Prætoris est constitutum : ad hominem liberum qui in potestate non est , invito Prætoris , per

consequentiam trahendum non est . fac : ut exemplo res clarius fiat : negotiorum gestor , fulturus alterius domum ruinofam , mutuam sumpsit pecuniam , eamque fulciendo domum vertit in rem ejus . ipse est creditori obligatus ex mutuo : sed dominum creditori non obligavit , quantumvis versa in rem ejus pecunia : quia non est in potestate ejus cujus negotium gessit : ideoque ad Edictum non pertinet . Sic mihi videtur : & juvat hoc Senecæ *lib. 5. De benefic. c. 19.* *Quadam in alios conferuntur , sed ad nos usque permanant . ab eo autem exigi quidque debet , in quem confertur : sicut pecunia ab eo petitur cui credita est , quamvis illa ad me aliquo modo pervenit.* At turbat te *l. 7. §. 1. C. Quod cum eo qui in alien. potest.* Sed non intelligenda est lex de actione de in rem verso ; verum de utili actione negotiorum gestorum . Species . Aliquis alterius in cujus potestate non erat , gesturus negotium , mutuam accepit pecuniam , & hac fulsit ejus domum ruinofam . is gestor negotii postquam accepit pecuniam , creditori jure civili ex causa mutui est obligatus . at negotii dominus , licet versa sit in rem ejus pecunia , neq; jure civili tenetur ex mutuo , quia ipse pecuniam non accepit ; neque jure Prætorio de in rem verso , quia Prætor nil edixit de homine libero , a quo pecunia versa sit in rem alterius . restat igitur solum , ut negotiorum gestor ex mutuo teneatur creditori : & dominus gestori actione negotiorum gestorum , ipsa utili : ex quo dominus ratam habeat mutui dationem , aut in rem ejus versa sit pecunia mutua .

Aa

Porro

Porro ait Prætor, *De eo quod in rem ejus versum erit.* Et apparet, eum actionem, quatenus versum est, in solidum polliceri. Ulpianus *l. 10. §. 4. h. t.* interpretatur, prout aliquid versum est: & proinde sic infert, Si pars versa est, de parte erit actio. quod & a Justiniano observatum §. 4. *Inst. Quod cum eo qui in alien. pot.* De eo dubitat Ulpianus *d. l. 10. §. 5.* utrum in sortem dumtaxat teneatur dominus, an & in usuras? sic vero definit: si quidem promissit usuras, Marcellus lib. 5. Digestorum scribit, dominum præstaturum: sed si non sint promissæ, utique non debentur, quia in stipulationem deductæ non sunt. plane si contemplatione domini pecuniam dedi non gerenti servo negotia domini, sed ipse gerens, negotiorum actione potero etiam de usuris experiri.

Promittit igitur hoc Edicto Prætor actionem de eo quod in rem versum erit. est autem in rem vertere, in utilitatem vertere. nec est dubium, quin sic videatur versum, quidquid necessario in rem domini impenderit servus: veluti si mutuum pecuniam creditoribus ejus solvevit, aut ædificia ruentia fulserit §. 4. *Inst. Quod cum eo qui in alien. potest. l. 3. §. 1. D. h. t.* Idem est, si quid impenderit non quidem necessario, sed utiliter tamen, & differt tantum: quod ubi necessario quid impendit gessitve, totum spectatur pretium conventum: ubi vero non necessario impendit, non putatur in rem versum esse, nisi verum ipsius rei pretium *l. 5. h. t.* Igitur ut summam faciat Ulpianus *d. l. 3. §. 2.* regulariter, inquit, dicimus, totiens de in rem verso esse actionem, quibus casibus procurator mandati, vel qui negotia gessit, negotiorum gestorum haberet actionem, quotiensque aliquid consumpsit servus, ut aut meliorem rem haberet dominus, aut non deteriorem. Et §. 3. ponit exemplum, si servus aut filius sumplit pecuniam, ut se aleret & vestiret secundum consuetudinem domini, id est, usque ad eum modum quem dominus aut pater ei præstare consueverat. Quid ergo? si mutua pecunia accepta domum dominicam exornavit rectoriis & quibusdam aliis quæ magis ad voluptatem pertinent, quam ad utilitatem? non videri versum, Ulpianus putat §. 4. *d. l.* causatus, quod nec procurator hæc imputaret: nisi forte mandatum domini aut voluntatem habuit: nec debere dominum ex eo onerari. tantum pati, inquit, debere, a creditore hæc auferri, sine domus suæ videlicet injuria: nempe, ne cogendus sit, domum vendere, ut quanti pretiosior facta est, id præster. Est & illud superioribus consequens, quod in §. 6. *d. l.* Ulpianus, Labeonem sequutus, confirmat, intelligi quoque in rem domini versum quod mutuatus servus, domino emit volenti ad luxuriæ materiam, unguenta forte, vel si

quid ad delicias, vel si quid ad turpes sumptus subministravit: hac subjecta ratione quæ est optima: quod non spectamus, an bono domini cesserit, sed an in negotium domini.

Vix opus addi, quod Prætor, ubi postulat, in rem versum esse, convenit proprietati verbi, ipso facto in rem versum esse. ita non sufficit, acceptam esse pecuniam, hac lege, ut in rem verteretur: nisi cum effectu versa sit. fuerit exemplum: servus accepit quasi in rem domini versurus, non vertit: sed decipit creditorem. negat Ulpianus *l. 3. §. 9. h. t.* videri versum, & teneri dominum. quid tamen, si is erat servus qui solitus erat vertere? adhuc putat Ulpianus, non nocere domino, si alia mente accepit; aut, si cum hac mente accepisset, alio vertit. aliquem moveat, quod solet dici, neminem debere esse in re aliena curiosum. sed in proposito contra sentit Ulpianus, creditorem, quo vertatur, curiosum esse oportere: ne ejus credulitas domino noceret, vel servi calliditas noceret.

Plane, si quid sit in rem versum; sufficit; negotium esse gestum bono atque utili consilio: nec desideramus bonum ejus eventum. ita pulchre Ulpianus *d. l. 3. §. 7. & 8.* duobus usus exemplis: prius est, si frumentum comparaverit servus ad alendam domini familiam, & in horreo dominico repositum periit vel corruptum est, vel arsit. alterum est, si servum domino necessarium emisset, isque decessisset, vel insulam fulsisset, eaque ruisset. At enim idem Ulpianus *l. 10. §. 6. h. t.* contra sic scribit: *Versum sic accipimus ut duret versum.* Novi: verum ex verbis sequentibus liquet, eum non querere; an in actione de in rem verso debeat in rem bono consilio versum, bonum habere eventum: (quæ est præsens disputatio) sed si nata fuerit actio, pecunia bono consilio in rem versa; querit, an ea actio duret, ex quo pecunia illa servo sit a domino restituta? hoc vero negat: nempe quia causa hujus actionis (ut in §. 7. ipse mox annotat) est, ne dominus lucrum faciat cum aliena injuria. hoc autem non extat, refusa servo pecunia ab eo in rem domini versa. nisi interest, utrum nihil initio fuerit tale; an quod fuit, rursus solutum sit. igitur quia solutione desinit esse versum quod ante erat versum: cessat actio de in rem verso. Si tamen in necem creditoris, id est, perdituro servo vel filio solutum sit, quamvis solutum sit, tamen *desinit quidem*, inquit, *versum: æquissimum autem est de dolo malo adversus patrem vel dominum competere actionem.* Et hanc subjicit rationem: Nam

Et peculiaris debitor, si fraudulentè servo solverit quod ei debebat, non liberatur.

TITULUS IV.

Quod jussu.

Postremo actio ex tribus quas in Edicto junctas fuisse, Ulpianus memorat *l. 1. §. 1. D. de peculio*, ibidem & in Rubrica hac Quod jussu vocatur. verba autem Edicti (quantum conjicio ex *l. 1. D. quod cum eo qui in alien. potest.*) talia fuere: *Quod jussu ejus, in cujus potestate quis esse dicetur, gestum erit, de eo judicium dabo.* Si igitur jussu domini aut patris cum servo aut filiofamilias negotium gestum erit, Prætor adversus dominum aut patrem actionem pollicetur in solidum. Merito: nam is qui ita contrahit, videtur Justiniano sequi fidem domini aut patris §. 1. *Inst. Quod cum eo qui in alien. potest.* Ulpianus *l. 1. D. h. t.* causatur; quo quodammodo contrahitur cum eo qui jubet. ait autem uterque, cum Imperator, tum Ulpianus, hanc actionem dari in solidum: nimirum, quia illa quam dixi, ratione motus Prætor, simpliciter dixit *judicium dabo*: nec modum addit. dat igitur actionem in solidum, id est, hætenus, quate-

nus jussere pater aut dominus, non ultra *l. 3. D. h. t.* Eadem aut simili ratione sine distinctione dixit Prætor, *Quod gestum erit*, ideoque Ulpiano *l. 10. §. ult. D. de fideijussorib.* placet, ad omnes contractus quod jussu referri. an etiam ad liberationes? Negat Cujacius lib. 5. *Observ. c. 36.* & adfert hoc Gaji: *Servus nec jussu domini acceptum facere potest.*

Jussus porro, ut hoc addam, est superioris, imperandi potestatem habentis; ideoque solet præcedere *l. 25. §. A. D. de adq. hered.* & parendi necessitatem involvit. sed hic latius accipitur pro quavis voluntate: ut etiam hæc verba pro iisdem accipiuntur *l. 3. h. t.* Inde Ulpianus *d. l. 1. §. 1.* Jussum, inquit, accipiendum est: sive testato quis, sive per epistolam, sive verbis, aut per nuncium, sive specialiter jussit, sive generaliter: & ideo, & si sic contestatus sit, Quod voles cum Stichio servo meo negotium gerere periculo meo, videtur ad omnia jussit.

fisse, nisi certa lex aliquid prohibeat. sed & si mandaverit pater dominusve, Ulpiano §. 3. *d. l. jussisse* videtur. Idem Ulpianus §. 4. ait, si servi chirographo subscripserit dominus, teneri quod jussu: nec aliter esse, si ratum habuerit quis quod servus ejus gesserit vel filius: nam & tum quod jussu actionem dari. Quid ergo, si fidejusserit pro servo? Marcellus apud Ulpianum §. 5. *d. l. ait*, non teneri quod jussu. & hac utitur ratione: quod quasi extraneus intervenit: neque hoc, ut Ulpianus censeret, dicit ideo, quod teneretur ex causa fidejussionis: sed quia aliud est jubere. denique idem scribit Marcellus, etsi inutiliter fidejusserit, tamen eum non obligari, quasi fidejusserit. ac dicit Ulpianus, eam sententiam veriore esse. Similiter apud Paulum *lib. 4. Ad Plautium* sic extat *l. ult. h. t. Si dominus vel pater pecuniam mutuam accepturus, jusserit servo filiove numerari, nulla questio est, quin ipsi condici possit: imo hoc casu de jussu actio non competit.* Priora verba videntur Plautii: posteriora Pauli. Sed intelligitur, ut opinor, Prætorum jussus appellatione in Edicto voluntatem significare: & patrem aut dominum, cujus jussu negotium sit cum servo aut filio gestum, in solidum obligare: utique, si duraverit jussus. sed finge, revocatum esse, antequam crederetur. an potuit revocari? Ulpianus *l. 1. §. 2. h. t.* putat, posse: quemadmodum si mandasset, & postea ante contractum revocasset, & me certiorasset.

Quæ dixi, procedunt procul dubio, si quid cum servo proprio gestum erit jussu domini: nam eius is in potestate est: & ad hunc spectant Edicti verba. an idem est, si quis jusserit contrahi cum servo alieno? sed

non puto: clara ratione; quia hunc non habet in potestate is qui cum eo geri jussit. quod desiderat Prætor. Sed quid si is postea in potestate esse incipiat? Paulus *l. 2. §. ult. h. t.* Si, inquit, jussu meo cum alieno servo contractum fuerit, cumque postea redemero, quod jussu non tenebor. Quamobrem? ne actio quæ ab initio inutilis fuerit, eventu confirmetur. Ut igitur sit quod jussu actio: non sufficit, alicujus jussu esse a servo gestum: sed oportet a servo gestum esse jussu ejus in cujus is potestate sit. Quid, si fructarius jusserit, aut bonæ fidei possessor? poterat dubitari. sed Marcellus putat, quod jussu dandam in eos actionem: eamque sententiam probat Ulpianus *l. 1. §. 8. h. t.* opinor, quia *potestatis* verbum in hoc Edicto latius accipitur pro habendi facultate: ut notatum sub Titulo, *De peculio*. De hoc nemo dubitat, si pupillus dominus jusserit, non teneri eum, nisi tutore auctore jussit *d. l. 1. §. 7.* Quid, si tutoris jussu servo pupilli creditum sit? placet hoc Pauli *l. 2. h. t.* si ex utilitate pupilli fuerit creditum, in pupillum dandam actionem quod tutor jussit. Idemque in curatore adolescentis, vel furiosi, vel prodigi, itemque procuratore, & administratore civitatis traditum *d. l. 1. §. 9. & l. 4. d. t.* Hoc: si servus sit in potestate unius. sed fac, esse in potestate duorum? Paulus *l. ult. §. 1. d. t.* sic finit: Si unus ex servi dominis jussit contrahi cum eo, is solus tenebitur. sed si duo jusserunt, cum quovis in solidum agi potest: quia similes sunt duobus mandantibus.

* *

LIBER DECIMUSSEXTUS.

TITULUS I.

Ad Senatusconsultum Vellejanum.



SENATUSCONSULTUM quod Rubrica vocat Vellejanum, a Marciano in *l. 40. D. de condict. indeb.* appellatur Senatusconsultum De intercessionibus. quia prohibet fœminas pro aliis intercedere. Vellejanum autem dicitur a Cajo Vellejo Tutore, Consule suffecto, qui (ut liquet ex ipsis Senatusconsulti verbis in *l. 2. §. 1. h. t.*) cum M. Silano (is in Corpore J. Gruteri, p. 470. *Inscr. 1. & 2.* vocatur L. Silanus) verba in Senatu fecit de fœminarum intercessionibus. ponitur vero hic Consularus a Theod. J. ab Almelooven, *Fast. Conf.* sub finem principatus Claudii anno ab U. C. 797. quo anno Consulem fuisse M. Junium Silanum, auctor est Dion. Cassius.

Causa autem, cur hic Titulus hoc loco ponatur, mihi hæc videtur: quod in præcedentibus Titulis actio ex negotio ab alioquo gesto fuit data adversus alium, quam qui gessit. in præsentem vero similiter ex intercessionem mulieris actio a Prætoribus datur adversus alium, quam adversus mulierem. observatus est is ordo non tantum in Pandectis a Justiniano: sed a Juliano quoque in Edicto perpetuo: monstrantibus Pauli, Ulpiani, & Gaji, libris Ad Edictum. nam ut Paulus *lib. 30*, Ulpianus *lib. 29*, Gajus *lib. 9*, est superiores Titulos interpretatus: sic Paulus ad hoc Senatusconsultum scripsit *lib. 30*, Ulpianus *lib. 29*, Gajus *lib. 9*. idque argumento est, vim hujus Senatusconsulti esse a Juliano Edicto perpetuo ex mente Senatus ad publicam utilitatem accomodatam. Sed hoc aperte Diocletianus & Maximianus *l. 19. C. h. t.*

Noode Operum Tomus II.

Igitur quæ hoc Titulo tractantur de fœminarum intercessionem, partim debentur Senatusconsulto, partim Perpetuo Edicto. illud fœminis, hoc etiam creditoribus, potest. porro ait Ulpianus *l. 2. h. t.* quod primo quidem temporibus D. Augusti, mox Claudii, Edictis eorum erat interdictum, Ne fœminæ pro viris suis intercederent: postea vero factum est Senatusconsultum, ut dictum, sub finem Principatus Claudii, quo plenissime fœminis omnibus subventum est. Verba Senatusconsulti in *d. l. 2. §. 1.* hæc sunt: *Quod Marcus Silanus, & Vellejus Tutor, Consules, verba fecerunt de obligationibus fœminarum, quæ pro aliis reæ fierent, quid de ea re fieri oportet, de ea re sic consuluerunt: quod ad fidejussiones & mutui dationes pro aliis, quibus intercesserint fœmina pertinet, tametsi ante videtur ita jus dictum esse, ne eo nomine ab his petitio neve in eas actio detur, cum eas virilibus officiis fungi, & ejus generis obligationibus obstringi non sit æquum, arbitrari Senatui, recte atque ordine facturos, ad quos de ea re in jure aditum erit, si dederint operam, ut in ea re Senatus voluntas servetur.* Corrupta esse hæc verba, observavi *lib. 1. Observ. c. ult.* ac primum pro oportet scripsi, operaretur: arbitratus, id loquendi usum desiderare: & si ad Sigla spectemus, facile sinere scripturæ formam. Deinde pro his, *Quod ad fidejussiones & mutui dationes pro aliis, quibus intercesserint fœmina, pertinet, reposui, Quod ad fidejussiones & mutui dationes, quibus pro aliis intercesserint fœmina, pertinet.* Sic quoque hic constat ratio sententiæ Senatus, quæ alioquin est nulla. Non opus probatione dedi *d. c. ult.* evidentem: ac si videris, non quæres aliam. Malo itaque excutere Senatus-

natusconsulti verba : prius laudata ex præcepto Ulpiani *d. l. 2. §. 2.* providentia Amplissimi Ordinis : opem ferentis mulieribus , propter sexus imbecillitatem multis huiuscemodi casibus suppositis atque objectis. proinde nec improbo hoc Pauli *l. 1. §. 1.* sicut moribus civilia officia adempta sunt fœminis, & pleaque ipso jure non valent : ita multo magis adimendum eis fuit id officium, in quo non sola opera, nudumque ministerium earum versaretur, sed etiam periculum rei familiaris.

Videamus igitur Vellejanum Senatusconsultum. summam in *pr. d. l. 1.* Paulus hanc facit : quod eo plenissime comprehensum est, *Ne pro ullo fœmina intercederent.* Dicuntur autem pro aliis intercedere fœminæ : cum se pro aliis reas faciunt. Huc in *d. l. 2. §. 1.* ipsa se ferunt Senatus verba. nec alio it Ulpianus *§. 5. d. l.* interpretatus, fœminam procul dubio intercedere : cum in se suscipit alienam obligationem. Utrum veterem, an novam? non refert Ulpiani, modo alienam recipiat *l. 8. §. 1. h. t.* idemque sentiunt in *l. 18. C. d. t.* Diocletianus & Maximianus : confirmantes, fœminis vel veteres vel novas obligationes aliqua ratione suscipientibus Senatusconsulto subveniri. De utraque obligatione dispiciamus : sed primum de veteri : id est, de ea quæ in alterius persona ante constitit. hanc mulier in se dupliciter suscipit : vel enim participat eam, vel in se eam transfert. sic clare Alexander *l. 4. C. h. t.* participat autem hanc mulier ; cum ad eam quæ in alterius persona constitit, alia accedit citra novationem. & est exemplum ; si mulier pro alio aut fidejubeat, aut constituat. Utraque enim in specie vetus manet obligatio, & ad eam accedit nova : faciens intercessionem *l. 1. §. 1. D. de constitut. pecun.* Idem puta : si mulier res suas pro alio pignori obliget *l. 8. D. h. t.* nam vel sic veterem obligationem participat : etsi nullam in se recipit obligationem : opinor, credito, aliqua in res ejus recepta, non minus juste ei succurri in bonis ejus obligatis, quam ei, obligata ejus persona, succurritur. id significavit Alexander in *d. l. 4.* estque ibi pro *quod in rerum earum (habitis) pro aliis obligationibus admissum est*, ex libris manuscriptis quorum meminit Russardus, legendum, *quod & in rerum earum pro aliis obligationibus admissum est.* At non tantum participando veterem obligationem intercedit mulier : sed etiam eam in se transferendo. fac : pro alio mulier expromittit ; aut alienum debitorem in judicio defendit *l. 2. §. ult. D. h. t.* nam utroque casu obligatio transfertur genere quodam novationis *l. 11. §. 1. D. de novat. & l. 2. C. de pactis.* intercedit igitur vel sic mulier. Tenes quo modo veterem obligationem mulier in se suscipiat aut participando, aut transferendo. porro accipe, quo modo in se suscipiat alienam novam. id fit : cum mandat alii credi ; aut si, cum alius esset mutuam pecuniam accepturus, interposita mulier accepit, & ab initio pro alio rea fit. ut enim sic non receperit in se obligationem quæ in alio constitit : at recepit obligationem quam alius fuisset subiturus, nisi mulier intervenisset. Utrumque intercessionis genus indicat Senatus hisce verbis a me paulo ante sic emendatis : *Quod ad fidejussiones & mutui dationes, quibus pro aliis intercesserint fœmina, pertinet.* Quo modo : Mulier quæ fidejubet pro alio, procul dubio recipit veterem alterius obligationem. at cui mutuum datur, cum est id datura alii, ea novam recipit obligationem. Esto. verum his Senatusconsulti verbis tantum duo continentur obligationum genera, fidejussio & mutuum. Sed mihi crede, hæc esse pro exemplis quibus illustratur, non restringatur, Senatus providentia. Ac me juvat : quod Consules initio Senatusconsulti dicuntur verba fecisse generaliter de obligationibus fœminarum, quæ pro aliis reæ fierent : nec se ad ullam intercessionis formam alligarunt. Accedit, quod præterea dicitur, Senatus placuisse, præterea Ne a fœminis, si intercesserint, eo nomine petitio, neve in eas actio, detur. nam vel inde apparet, voluntatem Senatus ad omnes pertingere intercessionum

species : ex quibus aut actio in personam, aut actio in rem nascatur. illa vero usum habet in fidejussione & mutuo : ista nusquam, præterquam in pignore. ad mutuum certe aut fidejussionem non spectat. putemus igitur, a Senatu omnem fœminarum intercessionem sine discrimine improbari ; ejusque duo quidem proponi exempli, fidejussionem & mutui dationem ; sed his non excludi pignora aliosve intercessionis modos : ex quibus actio in fœminas, aut ab his petitio, dari possit. Non alio consilio Ulpianus *l. 2. §. 4. & 5. h. t.* Omnis, inquit, omnino obligatio Senatusconsulto Vellejano comprehenditur : sive verbis, sive re, sive quocunque alio contractu intercesserint. Sed etsi mulier defensor alicujus extiterit ; procul dubio intercedit. suscipit enim alienam obligationem : quippe cum ex hac re subeat condemnationem. Hæc nunc breviter. plura dedi *lib. 1. Observ. c. ult.* quibus utatur licet, cui tanti mea videatur diligentia.

Interim apparet, fœminarum intercessionem hoc Senatusconsulto inhiberi : eaque ut sit, duo requiri. unum est, ut mulier obliget se vel res suas : ut se resve suas, obliget pro alio. primum oportet eam obligari. nam, si pecuniam exsolverit pro aliis, cum obligata non esset, intercessione cessante, repetitio nulla est *l. 1. C. h. t.* Idem in remissione pignoris *l. 8. h. t.* Similiter, si dum Titio donatum vult, a me accepit mutuam pecuniam, & eam Titio donavit, ait Ulpianus, cessare Senatusconsultum. Sed & si tibi donatura, creditori tuo nummos numeraraverit, non intercedere ; & pro ratione addit Ulpianus, Senatum voluisse obligatæ mulieri succurrere, non donanti. ac, ne cui hoc absurdum videatur causatur, quod facilius se mulier obligat, quam donat *l. 4. §. 1. h. t.* nimirum in donatione est præsens periculum, & urens statim. id ut sentiunt mulieres, ita ultro sibi cavent, ne temere rejectent suum, ad præsentia satis prudentes. at ex obligationibus postea surrepens demum damnum, in præsentia non apparet : tantum in futurum prominet ; ac quanto serius observatur, tanto difficilius evitatur. bene igitur Senatus ei occurrit parti quæ propter mulierum imbecillitatem auxilio potissimum indigebat. at ubi natura illis sufficiebat & tenacitas sexus : quid erat opus Senatus providentia ? solitis Legislatoribus, jus ad ea potius aptare quæ & frequenter & facile, quam quæ perraro, eveniunt *l. 3. 4. 5. & 6. D. de legibus.* Et extitere olim similia *pr. Inst. Quib. alien. lic. vel. non. item pr. Inst. De leg. Fus. Can. toll.*

Ut igitur intercedere videatur mulier, obligari debet : sed pro alio. nam si suum negotium gerat, non videtur intercedere : nec est ei Senatus auxilio. quin Papinianus *l. 95. §. 2. D. de solutionibus* inconditum, inquit, est subvenire sexui mulieris quæ suo nomine periclitatur. fac : mulier pecuniam alii creditura, eam tamquam in usus suos accepit. non est Senatusconsulto locus. primum, quia nemo alioquin contrahet cum fœminis, ubi potest ignorari, quid acturæ sint *l. 11. h. t.* deinde auxilium meruit mulierum infirmitas ; calliditas non meruit *l. 30. h. t.* Si tamen creditor sciverit, pro alio intercessuram ; adhuc nocebit ei exceptio : auctore Ulpiano *l. 12. C. h. t.* Aliquem confundat sequens Diocletiani & Maximiani Rescriptum *l. 13. C. h. t. Si fœnebris pecunia, juxta fidem veri, a creditore tibi data est : sive tota quantitas fœnoris, sive pars ejus in usum mariti processisse proponatur, decreto patrum non adjuvaris : licet creditor causam contractus non ignoraverit. Sed tu noli dispari in causa idem jus statuere. quæ in h. l. occurrit species, ad mulierum intercessionem qua de nostra est disputatio, non spectat. magis continet liberalitatem marito a muliere factam. non alio ducunt verba : in his dicitur fœnebris pecunia mulieri a creditore data, in usum mariti processisse. non dicitur mulier, cum maritus eam pecuniam esset accepturus, intervenisse, ut sibi potius daretur fœnori, atque ipsa deinde eam fœnori daret marito. igitur obligavit se quidem creditori mulier, accepta pecunia fœne-*

scēbri : at pro marito se creditori non obligavit. estque error Francisci Hotmani V. CL. l. 6. *Observ. c. 12.* exultantis, in d. l. 13. pro licet esse ponendum, nisi : alioquin a jure discedere Imperatores : dicentes, in proposito parvi referre, utrum creditor sciverit causam contractus, an ignoraverit, nam recte putant illi, creditori sufficere, ipsi nullam innotuisse mulieris intercessionem : licet intellexerit donationem. multum enim interest, num hanc, an illam, mulier exerceat. altero casu facit adversus Senatusconsultum : altero non facit, ut in l. 4. §. 1. & l. 21. h. t. Non majus hic periculum a Scævola l. 28. §. 1. h. t. est enim ibi observandus mos Scævolæ frequens & familiaris : qui mos est ; quod consultus de facto, non de eo respondet, sed de jure : facti quæstione Judicis examini relicta.

Est igitur diligenter animadvertendum, cum de mulieris intercessione quæritur, quid egerit ; id est, utrum gesserit negotium proprium, an alienum. potest enim de eo sæpe dubitari. sic in l. 8. §. 1. h. t. tutor in animum induxerat, distrahere pupilli prædia, urgente ejus ære alieno. mater venit ad tutorem : rogans, ne venderet. cum hæreret tutor ; mater ei repromisit indemnitate. finita deinde tutela, pupillus tutorem convenit actione tutelæ male administratæ. tutor redit ad matrem. ea se tuetur exceptione Senatusconsulti. an recte ? quæstio vertitur ; an cautio indemnatis faciat intercessionem. negat Papinianus : & præfatur, quod mulier in se non suscepit alienam obligationem : sed ipsa hanc fecit. at obligavit se pro alio. non ita est. obligavit se tutori. & si illi : non pro illo. non enim potest se quis eidem pro eodem obligare l. 19. h. t. l. 71. D. de fidejussorib. postremo pro alio obligatur demum qui pro alio se alii obligat. Sic Papinianus. nec aliter simili in causa Africanus l. 19. h. t. addo, Alexander priore specie l. 6. h. t. nam est duplex. prior huc exit. Mater pupilli rogat tutorem : ut per eum sibi liceat tutelam administrare. ac, ne tutor periculum a pupillo metueret, ei indemnitate promisit datis fidejussoribus. mater male gessit tutelam. igitur finita tutela, conventus a pupillo tutor actione tutelæ, matrem repetit actione ex stipulatu. ait Imperator, eam recte repeti : quia non alienum negotium gessit, sed quodammodo suum. Hæc prior species. Altera talis est. aliquis tutor datus, volebat se a tutela excusare ex causa aut privilegio. pupilli mater eum obsecrat, ne faciat : idque ut facilius impetret ; tutori cavet de indemnitate, si quid pro pupillo erogaverit. Ait Imperator, matrem, a tutore coventam, Senatusconsulto juvari : non, quod se tutori obligavit : sed quia se tutori obligavit pro pupillo ; eoque intercessisse intelligitur.

Igitur ut mulier Senatusconsulto adjuvetur adversus intercessionem, oportet eam pro alio obligari, & tamen evenit aliquando, ut etiam si alienam suscipiat obligationem, hoc Senatusconsulto non adjuvetur. id fit : cum prima quidem facie alienam, re vera autem suam, suscipit. extant ejus generis exempla l. 13. l. 24. D. & l. 2. C. h. t. sed non sunt obscura, nec egent explicatione. tantum notanda distinctio Africanus l. 17. h. t.

Porro si constet, fœminam pro alio intervenisse, non interest Senatus, quæ intervenerit. est enim generalis sermo, *Quod ad fidejussiones & mutui dationes quibus pro aliis intercesserint fœmina, pertinet.* Cujuscumque igitur sint conditionis, loci, aut status, fœminæ quæ pro aliis intercesserint, SCto adjuvantur. pari enim omnium facilitate intercedendi, par omnibus debebatur auxilium. & commode Ulpianus l. 2. §. 1. h. t. Hoc, inquit, Senatusconsulto plenissime omnibus fœminis subventum esse. Sic : si pro viris intercedant fœminæ. imo & si pro fœminis : ut enim Senatus, quæ intercedat fœmina, non distinguit : ita nec pro quo intercedat, quærendum putat. poterat quidem honestior videri fœminæ pro

Noode Operum Tomus II.

fœmina intercessio : at Senatus consulens imbecillitati sexus, ejus levitatem etiam hac in parte improbat. vidit hoc Paulus lib. 2. *Sent. tit. xi.* sic scribens ; *In omni genere negotiorum, & obligationum, tam pro viris, quam pro fœminis intercedere mulieres prohibentur.* Hysterologia est : voluit enim dicere, fœminas non minus prohiberi, intercedere pro fœminis, quam pro viris. sed nihil mutandum : frequente tali apud Veteres Hysterologia : ut aliquoties observavi alibi. Finiam hanc partem ; si addidero, infirmitatem sexus muliebris latitudine verborum Senatus adeo protegi ; ut ea fœminæ non minus adjuventur ; si pro personis conjunctis & necessariis, quam si pro extraneis, intervenerint. non arceam argumenta. sufficit hoc Pauli l. 1. h. t. *Vellejano Senatusconsulto plenissime comprehenditur, Ne pro ullo fœmine intercederent* : id est, ne pro ullo viro, aut pro ulla fœmina, sive extranea, sive conjuncta & necessaria : ut est, pater, filius, filia, vir proprius d. l. 2. §. ult. l. 8. C. h. t.

Pergit Senatus : *Tametsi ante videtur ita jus dictum esse, ne eo nomine ab his petitio, neve in eas actio detur.* Verbum, *ante*, accipe, ante ex Edictis Imperatorum Augusti & Claudii : quibus erat interdictum, *Ne fœmina pro viris suis intercederent.* Cæterorum verborum, *Ne eo nomine ab his petitio, neve in eas actio detur*, non est alius sensus, quam iis dedi in Senatusconsulto Macedoniano. Puta igitur, *petitionis* nomine vindicationem venire ; actionis nomine condictionem, seu actionem, in personam. sic hæc distinguuntur verba : hic eo verius, quia huc ducunt adjecta illa, *ab his*, & *in eas*. Est igitur Senatus sensus, quod ante ex Edictis Augusti & Claudii ita jus dictum fuit de fœminarum intercessionibus, ut sive ab his peteretur actio in rem, sive adversus eas ageretur actio in personam ; utraque denegaretur. Datur autem in personam actio ex fidejussione & mutuo, verbi gratia. vindicatio vero ex pignore a muliere obligato. quod eo diligentius notandum : quia confirmat ea quæ de fœminarum intercessione supra tradidi. Cæterum Senatus, cum ait, *Ne eo nomine ab his petitio, neve in eas actio detur*, ad effectum postulatæ actionis aut petitionis respicit. non est enim illi negotium, intercessionem ipso jure infirmare : tantum vult, ei a Prætoris effectum denegari. ita fit : ut Prætor petenti quidem det actionem aut petitionem : sed addat exceptionem, Extra quam si intercessum sit adversus prohibitionem Senatus. qua exceptione apposita, si ad exitum respicimus ; jam nihil interest, utrum nulla sit data actio, an talis, quæ per exceptionem elidatur : ut sub Titulis, De jurejurando, & De Senatusconsulto Macedoniano est demonstratum.

Ait Senatus, *Cum eas virilibus officiis fungi, & ejus generis obligationibus obstringi non sit æquum, arbitrari Senatum, recte atque ordine facturos, ad quos de ea re in jure aditum erit, si dederint operam, ut in ea re Senatus voluntas servetur.* Virilia officia hic dicuntur, quæ desiderant animi virilis constantiam : quamquam in l. 1. §. 5. D. de postulando, & l. 18. C. de procuratoribus sumuntur pro his quæ in l. 2. D. de regulis juris officia civilia appellantur ; & egrediuntur pudorem sexui congruentem. Sed alio respexit Senatus. id vidit Ulpianus l. 2. §. 2. h. t. dicens, Senatum tulisse opem mulieribus propter sexus imbecillitatem. Nec minus Paulus l. 1. §. 1. h. t. verba Pauli : *Sicut moribus civilia officia adimplere sunt fœminis, & pleraque ipso jure non valent : ita multa magis adimplendum eis fuit id officium in quo non sola opera nudumque ministerium earum versaretur, sed etiam periculum rei familiaris.* Vix scio, an addam, est enim levius, quod hanc Senatusconsulti formulam, *Recte atque ordine*, attingit Barnabas Brissotius lib. 1. *Select. antiq. c. 9.* potius monebo, quod sequentibus Senatus verbis, *Ad quos de ea re in jure aditum erit*, indigitatur Magistratus, cujus juris-

dictio est. qualis, verbi gratia, Prætor, de ea re in jure adiri solitus. Exposui Senatus verba. nunc mentem exponam. mihi sic videtur: quod Senatus non directo prohibet, intercessionem a fœminis pro aliis fieri: nec magis agit, ut factæ ipso jure infirmetur. saltem ait, se arbitrari, non esse æquum, eas obstringi hujusmodi obligationibus modum sexus egredientibus: ideoque auctorem fieri Prætori ad quem de ea re in jure adeatur, ut intercessione pro aliis a fœmina gestum ex æquo & bono restituat: id est, ita; ut sexus imbecillitati data exceptione succurrat: (quod & ante Edictis Imperatorum Augusti & Claudii obtinuit, si quæ pro viro suo intercessisse diceretur) nec ob id negligat creditores, si vel eorum jus servari possit: tamen id ante non fuerit usque quaque factum. Sic Senatus. Quid Prætor? excitatus ea auctoritate, proposuit Edictum: cuius sententia (nam verba perire) mea opinione, talis fuit. *Quod cum muliere gestum erit, si pro alio intercessisse dicetur: uti quæque res erit, animadvertam.* Igitur cum ex Edictis Augusti & Claudii, si pro viris suis fœminæ reæ fierent, ante ita jus diceretur; ne eo nomine in eas actio, neve ab his petitio daretur: Prætori hoc plus æquum visum est, quocumquo modo intercesserint fœminæ, de intercessione ita jus dicere: ut non solum illis succurratur data exceptione: sed etiam creditori in veterem debitorem, aut certe in eum qui mulierem pro se ream constituisse, actio detur. Hoc censeo: & significat Paulus l. 1. §. 2. h. t. causatus, quod magis debitor, quam creditor, mulierem decepit. Sed prima Prætoris cura est: ne actio petitioque adversus fœminam ex ejus intercessione detur. quod etiam ante fuisse observatum, Senatusconsulti verbis declaratur. inde Pomponius l. 32. §. 2. h. t. *Totum*, inquit, *sermonem Senatusconsulti spectare ad petitionem non dandam*: id est, ad dandam mulieri exceptionem. Datur vero illa non tantum ipsi mulieri quæ intercessit: sed heredibus quoque, eam post mortem repræsentantibus l. 20. C. h. t. An & fidejussoribus? poterat dubitari, propter Senatusconsulti verba, *Ne eo nomine ab his petitio, neve in eas actio detur.* Sed facile obrinuit, ut exceptio daretur fidejussori, regressum adversus mulierem habituro; eo quod hoc casu videretur ipsi quodammodo mulieri dari. illud obscurius; an idem obtineat, si fidejussor non habeat regressum talem. non enim placuit Cassio. sed alia fuit Juliani sententia: præfati, Senatum totam improbare obligationem l. 16. §. 1. h. t. interim est hoc quoque quæstioni: eadem vel simili Senatusconsulti Vellejani locutione quæ est Macedoniani. & tamen in hoc alio jure utimur: ut Ulpianus refert l. 9. §. 3. D. de Senatusc. Macedon. Scio: remedium huic difficultati dedit Accursius: dedere alii, suo quisque modo: fuit etiam qui negaret, integra esse Senatusconsulti verba, eaque causa non intelligi plene. At mihi horum nihil arridet. quin puto, ex Senatusconsulti verbis, quod Julianus dixit, liquere satis: præsertim reputantibus, ea spectare ad favorem fœminarum, propter earum imbecillitatem. aliter ac fit in Senatusconsulto Macedoniano: quod totum est comparatum in odium fœneratorum; eoque civilem quidem improbat obligationem; sed non æque naturalem. verum hoc egregie

est observatum olim a Marciano l. 40. D. de conditione indebiti, nec opus pluribus.

Haftenus Prætor, Senatus auctoritatem secutus, mulieri intercedenti consuluit data adversus creditorem exceptione. Succedit actio qua eum creditori illa intercessione læso, succurrere æquum est. fuit quidem hæc actio, ut dixi, Edictis Augusti & Claudii non usque quaque cognita. eam tamen ulterius negligi non sivit Senatus: videlicet, ne injuria oriretur inde, unde jura nasci oportebat. Sed ut non uno modo intercedit mulier: ita non est unus hujus actionis usus. utique, si participando veterem obligationem intercessit mulier, expedita res est: nam creditori salva mansit vetus actio: nec est ratio, cur hæc ei denegetur adversus veterem debitorem. quod si mulier pro alio intercedens, veterem actionem novatione in se transtulit: hoc casu oportet Prætor, rescissa novatione qua sublata vetus actio est, creditori adversus veterem debitorem actionem utilem restituere. quod si ita mulier intercessit; ut ab initio se pro alio ream constitueret: jam nulla fuit vetus actio, & quod unum superest, dat Prætor, subducta mulieris persona, adversus eum pro quo intercessit, actionem novam quæ magis instituit, quam restituit, actionem. est vero æque hæc, ac superior, utilis. altera restitutoria, altera institutoria, appellari potest l. 1. §. 2. l. 8. §. 13. & 14. D. h. t. & ad has actiones pertinet traditum l. 10. d. t.

Sed de Senatusconsulto & Edicto satis. Nisi obiter repetendum, quod ante dixi, unam Senatui fuisse causam mulieres adversus earum intercessionem adjuvandi propter sexus imbecillitatem: ideoque eas destitui a Senatu; si (ut in l. 2. §. 3. D. & l. 5. & l. 18. C. h. t.) callide versatæ, creditorem deceperint: quasi (quod est ex Rescriptis D. Pii & Severi justissime observatum) infirmitas fœminarum, non calliditas, auxilium meruerit. Pari æquitate est in l. 23. C. h. t. a Justiniano sancitum, mulierem, si intercesserit, sive ab initio, sive postea, aliquid accipiens, ut sese interponat, omnimodo teneri, & non posse Senatusconsulti Vellejani uti exemplo; sive sine scriptis, sive per scripturam, sese interposuerit. imo (quod observandum) additur in §. 2. d. l. nisi certa forma ibi præscripta, a muliere facta sit intercessio, ne Senatusconsulti quidem auxilio ipsi opus esse. Sed ut eo redeam, est & alia, præter superiorem, inventa a Justiniano exceptio l. 24. C. d. t. item alia in l. 22. eod. a qua tamen in *Authen. Si qua mulier* mox sequente, adhuc excipitur mulieris intercessio pro marito: ut ibi potest videri. Quid, si mulier renunciaret beneficio Senatusconsulti Vellejani? jam valere renunciationem, plerique omnes censent: modo mulier ante sit de privilegio suo admonita. movetque Viros Doctos; quod hoc Senatusconsultum est factum in favorem mulierum; & unicuique licet favori suo renunciare. Sed noli accedere illi sententiæ, quamvis seculi moribus receptæ. eam refutavit D. Vinnius lib. 1. *Select. quæst.* c. 48. non ineleganter: verum unus pulcherrime Vir doctrina & judicio Eximius, Josephus Averanius, Antecessor Pisanus, *Interpretationum juris* lib. 2. c. 5. pag. 384. & seqq. nec habeo quod addam verissimæ quæstionis interpretationi.

TITULUS II.

De Compensationibus.

IN ingressu Tituli, De compensationibus, si forte quærat, quemadmodum is cum præcedentibus cohæreat: parata responsio est, occasionem conjunctioni obvenisse a juris similitudine. nam sicut in prioribus fuit æquum visum, aliquando adversus alium, quam qui contraxit, actionem dari, ita sub præ-

sente placuit Titulo, subinde adversus alium, quam cum quo contractum est, compensationem per-mitti.

Compensationis autem appellatione, quæ & pensatio dicitur l. 7. h. t. l. 39. D. *Solut. matrim.* Veteres indignant mutuatam quandam solutionem: deducta verbi

verbi origine a pendendo, hoc est, solvendo : eo quod solutio, ante nummum forma publica signatum, fiebat appensione æris gravis. unde pendere pœnas, & pensiones, & expensâ in rationibus, item impendia, & impendere, similiaque alia superesse, auctor est Festus in verbo, *Pendere*, & Plinius lib. 33. *Nat. hist. c. 3.* nec mirum, pensare dici pro solvere, vel retinere pro soluto; & compensari quod ab utraque parte debitum, ab utraque pro soluto, sive depenso, habetur. hoc compensatione contingere, Julianus indicat l. 2. *h. t.* his verbis : *Unusquisque creditorem suum, eundemque debitorem, petentem summovet, si paratus est compensare.* Julianus vult, ubi Titius debet Sempronio, & Sempronius debet Titio; neutrum teneri solvere : licere enim convento protestari, sibi tantumdem deberi : nec iniquum videri, quod alteri ab altero deberetur, utrimque retineri quasi solutum : nullo discrimine, utrum alter alteri solvat palam, an alter quod apud alterum est, manere patiatur. Sed hoc compertæ benignitatis esse, observat Pomponius l. 3. *h. t.* Ideo, inquit, *compensatio necessaria est, quia interest nostra, potius non solvere, quam solum repetere.* Nempe licebat petitori, objecta ei ab adversario compensatione mutui debiti, dicere : Tu solve mihi quod debes : & si putas me invicem debere tibi : jus est tibi petere : mihi defendere. Sic ex rigore juris. Sed pulchre animadvertit Pomponius, hunc deflectere a communi utilitate. primum refert omnium, lites minui. deinde cui bono solvere, & solum mox repetere ? jam, si ego solverim tibi ; tu, cum repeto, non sis solvendo : nonne interest mea, potius non solvere, quam solvere & solum repetere ? imo, si rem recta putamus via, non tu longe abes a dolo : petens quod mox es redditurus l. 173. §. 3. *D. de reg. jur.* eoque trahens jus meum, cum interim frueris tuo. id certe nolit æquitas in judiciis præsertim bonæ fidei : in quibus Judici (auctore Justiniano §. 30. *Inst. de actionib.*) permittitur potestas ex æquo & bono æstimandi, quantum actori restitui debeat. quin & in stricti juris judiciis, ut idem inquit Imperator, ex Rescripto D. Marci, opposita doli mali exceptione compensatio inducebatur. Debetur igitur compensatio non tam subtilitati juris civilis, quam æquitati naturali.

Definitur autem a Modestino l. 1. *h. t. debiti & crediti inter se contributio.* Nec dubito, quin Modestinus contributionem dicat pro confusione, seu mixtione ex mutua solutione profluente : interprete Lipsio, Notis ad Senecam lib. 6. *De benefic. c. 5. n. 37.* nam solutio est contributio, seu præstatio. tributum dicitur in l. 2. §. 2. *D. de Leg. Rhod. de jact.* inde contributio Paulo mutua solutio d. l. 2. §. 7. *§. l. 1. d. t.* Sit igitur compensatio mutua solutio, juris interpretatione quasi per brevem manum facta. Ut vero illa obtingat, desiderat Modestinus, ab utraque parte esse debitum & creditum, inter se contribuendum, sive miscendum, confundendum, exæquandum. Et Modestino consentit Alexander l. 4. *C. h. t.* Si, inquit, *constat pecuniam invicem deberi, ipso jure pro soluto compensationem haberi oportet, ex quo ab utraque parte debetur.* Ut igitur procedat compensatio, vult tam Alexander, quam Modestinus, utrimque esse debitum & creditum. nec addit hic aut ille, quale id esse oporteat. sed nullus labor ; utroque jure, id est, & civili & naturali, debito : nam tam solum non repetitur : quin ab invito exigitur efficace actione l. 108. *D. de verb. signif.* habetur igitur vere debitum : nec est, cur non optimo jure compensetur : sive instar solutionis, sive instar petitionis reputetur compensatio.

Similis ratio est debiti naturalis & Prætorii. sit exemplum : Servus de peculio suo contraxit. dominus ex hoc contractu non tenetur jure civili : quia non ipse contraxit, sed servus. ex alterius autem facto alium ignorantem obligari, non finit juris regula. Interim non potest negari, dominum qui ser-

vo concessit peculium negotiandi causa, videri in ejus contractum ratum consensisse : & esse bonum factum Prætoris, creditori adversus eum, non quidem in solidum, sed quatenus in peculio sit, actionem de peculio concedentis. Putemus igitur, æque juste hoc nomine adversus eum, si agat, indulgeri compensationem fini peculii quod servus habet. Sic Papinianus l. 19. *D. h. t.* & est casus, quem tractat, talis : Debitor Reipublicæ, si pecuniam publicam ex contractu Reipublicæ debitam servo publico citra voluntatem eorum solvit, quibus debitum recte solvi potuit : id est, citra voluntatem administratorum Reipublicæ : de quibus supra sub Tit. *Quod cujusq. univers. nom.* tali solutione se non liberavit a Republica : & ideo, ut ait Papinianus, *obligatio pristina manebit integra* : nec est causa, cur non denuo a Republica agi possit. cæterum, quia facta servo solutione, etsi male, cum eo gestum est negotiū, debitori ex eoque Respublica potest jure Prætorio actione de peculio conveniri, dabitur, Republica pristina actione agente, compensatio peculii fini, id est, ad modum peculii quod servus habebit. Elegans fuit superior species : sed æque elegans erit sequens in l. 15. *h. t.* ex Javoleni lib. 2. Epistolarum : En, stipulatus sum, pecuniam a Titio dari certo loco. vicissim debeo Titio pecuniam. hanc ille a me petit : est mihi jus, compensare pecuniam mihi certo loco debitam. nam possum eam eo loco jure civili petere actione directa : etiam alio actione arbitraria, id est, utili ex Edicto Prætoris, facta mentione loci certi. nec de hoc ulla est dubitatio. illud quaeritur ; an etiam pensandum sit, quanti mea interfuit dari certo loco ? dices, de eo neque rogatum in contrahendo esse, neque responsum : ideoque hoc ex stipulatu non deberi, nec peti posse actione directa & civili. interim constat, me pecuniam certo loco promissam alio loco petente actione utili atque arbitraria, officio Judicis haberi rationem ejus quod interest actoris vel rei, alio loco non esse datam. an igitur vel id quod interest propter locum, in proposito venit in compensationem ? placet Javoleno : quia ut vi stipulationis non debeat actione directa : at petita actione utili quæ est arbitraria, circa ejus executionem officio Judicis debetur. Hoc evincit Javolenus sequentibus verbis : *Si Titius petit, eam quoque pecuniam quam certo loco promissit, in compensationem deduci oportet : sed cum sua causa, id est, ut ratio habeatur, quanti Titii interfuerit, eo loco quo convenit, pecuniam dari.* Sic Javolenus : & utile fuerit, hoc eo diligentius retineri : quia in l. 4. *§. 5. C. h. t.* similem usum accipit circa usuras : quas aliquando jure obligationis, aliquando officio Judicis, applicari, discitur ex l. 4. *C. Depositi.* l. 49. §. 1. *D. de act. empt.* l. 54. *D. Locati.*

Sed apparet, jure naturali & civili aut Prætorio debitum sive obligatione, sive officio Judicis, compensationem recipere : si quidem contestata lis non sit. imo & si sit. Ecce : (quod est exemplum l. 8. *h. t.*) ego a te petii mihi debitum aliqua ex causa ; & litem sum contestatus. deinde tu adversus me agis ex alia causa. postulo, pecuniam de qua judicium jam accepi, compensari cum ea quam a me petis : quod dico, utramque esse debitam, & utramque pro soluta haberi, paræ æquitatis esse. quaeritur ; an obtinere debeat compensatio ? poterat quis existimare, pronuncandum esse super pecunia de qua judicium lite contestata constitutum est, sed aliter visum Gajo ; sic scribenti : *In compensationem etiam id deducitur, quo nomine cum actore lis contestata est.* & hanc addit rationem ; *Ne diligentior quisque deterioris conditionis habeatur, si compensatio ei denegetur.* Optime : nam ut est in regulis juris, non solet deterior conditio fieri eorum qui litem contestati sunt, quam si non : sed plerumque melior l. 86. *§. 87. D. de reg. jur.*

Sequitur alia circa debitum observatio, nec ipsa hoc loco negligenda. ea observatio est : quod quaecum-

que sit debitum compensationem admissum, oportet purum esse: sic enim & cessit & venit ejus dies *l. 213. D. de verb. signif.* itaque & solvi & peti potest: nec est, cur non compensetur: certo, compensationem tam instar petitionis, quam instar solutionis, haberi. Aliter est; si in diem debeatur, nam (ut Ulpianus ait *l. 7. D. h. t.*) *quod in diem debetur, non compensabitur, antequam dies venit, quamquam dari oporteat.* Postrema verba, *quamquam dari oporteat*, occupant objectionem, eis tacite inhaerentem, nam in diem debiti non quidem statim venit dies: sed statim cessit: estque ejus effectus, ut non quidem possit peti ante, quam venit dies, id est, ante quam præterit dies obligationi appositæ: sed interim nata sit obligatio, & debeatur *d. l. 213.* usque adeo; ut Paulus *l. 10. D. de condict. indeb.* sic opinetur: *In diem debitor adeo debitor est, ut ante diem solutum repetere non possit.* Id vero si est: forte videatur alicui non esse a jure alienum, compensari in diem debitum, hoc colore: quod compensatio sit instar solutionis. Sed id nihil movet Ulpianum; memorem, obligationi diem non adjici in favorem stipulatoris, sed promissoris: hunc igitur volentem recte solvere ante diem: illum ante diem ab invito non recte petere *l. 41. §. 1. D. de verb. oblig. l. 70. D. de solut.* compensationem porro esse speciem petitionis *d. l. 15. D. rat. rem. hab.* & si debitori objicitur ante diem, non alium fore exitum: nisi ut ab invito petatur solutio ejus quod ante diem non debet peti: quia ab eo petitur, ut id interim sit pro compensato: id est, ut eo modo perinde liberetur, ac si solutum esset. hoc autem fieri, non finit forma aut ratio obligationis in diem conceptæ, quamdiu nondum venit dies.

Hæc: si debitum utroque jure adjuvetur & civili & naturali, quid, si altero nitatur tantum? pone, aliquid jure civili deberi; naturali non deberi, estne ejus compensatio? facit hinc: quod jure civili parit actionem; & peti potest. inde facit: quod actio naturali carens æquitate, si instituat, per exceptionem eliditur. sic vero nil interest, ipso jure non sit, an per exceptionem infirmetur *l. 112. D. de reg. jur.* imo perinde est, quasi debita juri, id est, jure civili aut naturali, non sit pecunia *l. 3. §. 1. D. de constit. pecun.* quare soluta etiam reperi potest, tamquam indebita. nec male Javolenus, *Quæcumque*, inquit, *per exceptionem perimi possunt, in compensationem non veniunt l. 14. D. h. t.*

Videamus de mero naturali debito. nam de eo, an compensetur, ideo solet in consilium iri: quod destitutum auctoritate juris civilis, non parit actionem qua exigatur. quin hoc intuitu parum abest ab indebito; nec videtur sufficere ad compensationem, speciem petitionis præferentem *l. 15. D. Rat. rem. hab.* Sed hanc subtilitatem quæ tota est juris civilis, adspersatur compensatio: unius studiosa æquitatis naturalis. sane ut peti nequeat naturale debitum, potest ultro solvi: solutum autem non potest repeti *l. 10. D. de oblig. & act.* & bene habet, quod Pomponius *l. 51. D. de condict. indeb.* *Ex quibus causis*, inquit, *retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea si solverimus, repetere non possumus.* ita minus proprie debitum sit naturaliter tantum debitum, præsertim collatum cum naturali & civili debito: at per abusionem non male debitum intelligitur *l. 16. §. 4. D. de fidejussorib.* nec intercedit Ulpianus; ne vel ipsum in compensationem recte deducatur *l. 6. D. h. t.* sic scribens: *Etiā quod natura debetur, venit in compensationem.* Dixi breviter, quid mihi sedeat, plenius est hanc quæstionem exequutus D. Vinnius V. CL. lib. 1. *Select. quæst. c. 49.* ubi, si libet, vide: nec pigebit vidisse.

Ex superiore quæstione nata est alia, quam in *l. 16. §. 1. D. h. t.* his verbis terminat Papinianus:

Cum intra diem ad judicati executionem datum judicatus Titio agit cum eodem Titio, qui & ipse pridem illi judicatus est, compensatio admittetur. Thema tale est: Ego fui damnatus Judicis sententia, tibi centum dare, & effluxit tempus damnatis ad conficiendam pecuniam indulgeri solitum, ejus temporis meminit Callistratus *l. 31. D. de re judicata*, etiam Lex Duodecim Tabularum; qua id triginta dierum fuisse, refert. A. Gellius lib. 15. *Noct. Attic. c. 13. §. lib. 20. c. 1.* deinde tu es ex alia causa damnatus, mihi tantumdem dare: & indultum tibi confirmile spatium solvendæ pecuniæ est. hoc nondum elapso, tu agis adversus me actione rei judicatæ. quæritur; an possit adversus te admitti compensatio ejus pecuniæ ad quam tu condemnatus es mihi? ait Papinianus, at nondum elapsum est tempus legibus tibi concessum; & in diem debitum, ut ante dictum, ante quam dies venit, non compensatur, dilata ejus executione post diem. sed id levis momenti est ex Papiniani sententia, sic causari: aliud est enim, diem obligationis non venisse; aliud humanitatis gratia tempus indulgeri solutionis. Papinianus negat, in proposito esse in diem debitum. contra putat, esse debitum purum: cujus dies cesserat & venerat jam ante sententiam. tantum, inquit, damnato humanitatis gratia indultum esse tempus. aliud autem esse, diem obligationis non venisse; aliud, humanitatis gratia tempus indulgeri solutionis.

Dixi de jure debiti ad compensationem apti. Adhuc dicendum de causa ex qua id proficisci oporteat: nam ne hanc quidem distinxit Modestinus *l. 1. h. t.* compensationem simpliciter definiens, debiti & crediti inter se contributionem. putemus igitur, generali & lato sermone effici: ut nihil intersit, (quod & Paulus movet lib. 2. *Sentent. tit. 5.*) utrum par, an dispar, sit debiti causa: nec magis, utrum debeatur ex contractu, an quasi ex contractu; item utrum ex maleficio, an quasi ex maleficio. exempla satis pulchra dedit Ulpianus *l. 10. pr. §. 2. §. 3. h. t.* nec opus explicatione. pro ea serviet hoc Senecæ lib. 6. *De benefic. c. 4.* *Colonum suum non tenet, quamvis tabellis manentibus qui segetem ejus proculcavit, qui succidit arbusta: non quia recepit quod pepigerat, sed quia ne reciperet, effecit. Sic debitori suo creditor saepe damnatur, ubi plus ex alia causa abstulit, quam ex credito petit. Non tantum inter creditorem & debitorem iudex sedet qui dicat pecuniam credidisti. quid ergo pecus abegisti, servum ejus occidisti. argentum quod (ita legit V. CL. Justus Lipsius) non emeris, possides: æstimatione facta, debitor discede qui creditor veneras.* Curiose & ex arte Seneca etiā ex maleficio admittit compensationem: non ubi criminaliter ex eo agitur, sed cum civiliter, plane convenienter huic Ulpiani *d. §. 2.* *Quotiens ex maleficio oritur actio, ut puta ex causa furtiva, ceterorumque maleficiorum, si de ea pecuniarie agitur, compensatio locum habet. Sed & qui noxali judicio convenitur, compensationem opponere potest.* Ratio differentiarum inter civilia & criminalia judicia est optima: quod in civilibus & pecuniariis actionibus potest æstimatio mutui debiti, ut utrimque privati comodi est, per compensationem, quasi ex utriusque consensu, privato jure tolli, nullo tertii damno aut præjudicio: ubi vero ab utraque parte incurrit criminis persecutio; neutri debetur pænæ æstimatio; sed reipublicæ crimine utriusque læsa *l. 9. §. 5. D. de publicanis.* ideoque neutra alteri in compensationem deduci potest, salva utilitate vindicandæ reipublicæ. Aliquem frustretur hoc Papiniani ex *l. 39. D. Solut. matrim.* *Viro atque uxore mores invicem accusantibus, causam repudii dedisse utrumque pronunciatum est. id ita accipi debet, ut ea lege, quam ambo contempserunt, neuter vindicetur: paria enim delicta mutua pensatione dissolvuntur.* Sed nolim, eum quæ hic vexet locus, putare, a Papiniano disputari de publica criminis accusatione ex Lege Julia de adulteriis, quamvis & Legis meminerit, & accusationis: non enim ita est. contra pertinet ejus disputatio tantum ad

judicium de moribus, frequens tum & usitatum, post abolitum *l. 11. §. ult. C. de repud.* In eo iudicio, divortio a viro & uxore facto, invicem petebantur pœnæ injusti repudii, ob malos alterius mores, cum leviores, tum graviores: de quibus Ulpianus *Fragm. tit. 6.* id iudicium Papinianus vocat accusationem, exemplo Scævola *l. 47. De Solut. matrim.* quamquam esset privatum & civile iudicium: sicut quærela inofficiosi testamenti accusatio appellatur *l. 17. D. de inoffic. testam.* In eo igitur iudicio de moribus privato & ordinario, si maritus accusaverit mores uxoris, & vicissim uxor accusaverit mores viri, petitis hinc inde pœnis divortii civilibus & pecuniariis; & pronunciatum sit, utrumque divortio dedisse causam: recte putat Papinianus, paria delicta mutua compensatione dissolvi: eoque a neutra parte deberi divortii pœnas. Sic in iudicio de moribus civili & ordinario, at in publico & criminali Ulpianus *l. 2. §. 5. D. Ad leg. jul. de adult.* contra scribit hoc modo: Si publico iudicio maritus uxorem ream faciat, an lenocinii allegatio repellat maritum ab accusatione? Et putem, non repellere. lenocinium igitur mariti ipsum onerat, non mulierem excusat. Clarius & uberius Imp. Antoninus *lib. XIX. Cod. Gregor. tit. 2. Habebunt autem ante oculos inquirere, an cum tu pudice viveres, illi quoque bonos mores colendi auctor fuisti. periniquum enim mihi videtur esse, ut pudicitiam vir ab uxore exigat, quam ipse non exhibeat. quares potest & virum damnare, non ob compensationem mutui criminis rem inter utrumque componere, vel causam facti tollere.* Extat idem locus eodem sensu, non peræque iisdem verbis in *l. 13. §. 5. D. Ad leg. jul. de adul.*

Quacumque igitur ex causa debitum sit, utique privatum & civile, ejus compensatio est, si agatur personali actione: nam hac petitur proprie debitum ex obligatione, at actiones in rem, non ex debito, nec ex obligatione, veniunt; sed ex dominio, vel jure in re, proficiuntur *§. 1. Inst. de actionib.* ita quæ in illis antiquitus obtinebat compensatio, in his incognita fuit ante Justinianum. primus (quod observavit V. CL. Jacobus Cujacius *lib. 15. Observ. c. 12.*) ille Imperator mutavit vetus jus *l. ult. C. h. t.* unde descriptus est *§. 30. Inst. de actionib.* in quo sic infit: *Nostra Constitutio easdem compensationes quæ jure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso jure minuant, sive in rem, sive in personam, sive alias quascumque.* Imp. Justinianus debitum, in compensatione ante solutum hæere intra personales actiones, ad actiones in rem porrexit: arbitratus, restitutionem possessionis quæ his vindicatur, jure quidem civili domino non deberi ex ejus & possessoris conventionione: sed ei deberi nihilominus jure gentium ex primæva conventionione distinctorum dominiorum: non male, nec sine exemplo: nam ita res habet; & hoc modo etiam debitum accipi in definitione actiones *pr. Inst. eod. tit. & l. 178. §. ult. D. de verb. signif.* observavi alibi. Justinianus tamen ab actionibus cæteris excipit actionem depositi *d. §. 30.* nimirum, *ne sub pretextu compensationis depositarum rerum ex actione quis defraudetur.* Nec improbes, si sapias, reverentiam bonæ fidei in depositi actione etiam servatam olim a Paulo *lib. 2. Sentent. tit. 12. §. ult.* sic scribente: *In causa depositi compensationi locus non est, sed res ipsa reddenda est.* Jam enim annotatum supra *lib. 1. Tit. 6. De his qui sunt sui vel alien. jur.* aliquoties fieri apud Veteres, ut qui aliquid confirmat, aut in usum revocat, ampliatve, id constituisse dicatur. Magis mirere, quod Imperator *d. §. 30. Excepta*, inquit, *sola depositi actione.* & in *§. 2. d. l. ult.* præter hanc, etiam aliam ponit exceptionem his verbis: *Possessionem autem alienam perperam occupantibus compensatio non datur.* Sed videamus, ne Imperatori in *d. §. 30.* non sit negotium, appositione verbi, *sola*, exceptionem restringere ad unam depositi causam. primum apparet contrarium ex *d. §. 2.*

deinde in fine principii ejusdē legis, cum quo consentire debet *d. §. 30.* inde descriptus, non dicit Justinianus, *Excepta sola depositi actione*, sed ait, *Excepta depositi actione*: indicio indubitato, voculam, *sola*, in *d. §. 30.* non pertinere ad exclusionem exceptionis modo allatæ ex *d. §. 1. l. ult.* nec præcise accipi pro *tantum*: sed pro *præcipue*: ut in hoc Virgilii *lib. 1. Georgic. vers. 29.*

*An Deus immensi venias maris & tua nauta
Numina sola colant.*

Quod ibi in Notis observat Servius Honoratus, vetus Grammaticus. Eodem sensu Alexander *l. 1. C. de bonor. possess. contr. tab. quam præst. lib. pollic. Liberi*, inquit, *contra tabulas parentum bonorum possessione admissa, solis parentibus & liberis legata præstare secundum Edictum debent.* Cum ait, *solis*, intelligit *præcipue*: nam Edictum præter parentes & liberos, etiam uxori nurique dotis nomine legatum præstari jubet. Similiter puto in *l. 12. C. de oper. libert.* a Diocletiano & Maximiano dici, eos qui manumittuntur, patronorum filiis *solum* reverentiam debere: nam & operas eis deberi, constat ex *l. 5. l. 7. §. 6. & seqq. D. de oper. libert.*

Expenis plerisque compensationis articulis, age, nunc ejus formam, simul effectum, consideremus. est vero expedita utriusque via in iudiciis bonæ fidei: Prætor in his jubente, Si parer, condemnari ex fide bona. sic enim non tenebatur Judex sequi apices juris *l. 29. §. 4. D. Mandati.* contra permittebatur ei libera potestas ex æquo & bono æstimandi, quantum actori restitui debeat. *§. 30. Inst. de act.* adeo poterat compensationem, si liqueret, utrumque deberi, pro portione mutui debiti ex fide bona admittere; & secundum eam alterum ab altero in totum vel pro parte absolvere: perinde ac si neuter alteri tenebatur, utraque actione ipso jure sublata vel immunita. videlicet, quod creditur dolo agere: petens, sibi solvi, cum invicem debet, & recusat æquitatem objectæ compensationis. talis vero exceptio, exemplo cæterarum, inest iudicio bonæ fidei *l. 3. D. de rescind. vend. l. 84. §. 5. D. de legat. lib. 1. l. 21. D. Solut. matrim.* & officio Judicis continetur, nec habet contestatione apud Prætorem opus. *l. 38. & l. 58. D. de petit. hered.* id vero quo spectat; nisi ut obligatio putetur tolli ipso jure? Sic in bonæ fidei iudiciis. aliter in iudiciis stricti juris: injustitia formulæ, Si parer condemna, discrimen faciente. Rem exemplo demonstrabo. Igitur si actor ex mutuo, aut quo alio iudicio stricti juris, apud Prætorem petat centum, isque vicissim reo debeat tantum ex stipulatu aut testamento: multum interest, utrum reus debitum pure inficietur; an confiteatur, se debere; sed dicat, sibi invicem deberi, itaque dolo malo agere actorem qui petit quod mox sit redditurus. priore casu solet Prætor Judici, postulante actore, talem præscribere formulam: Si parer, Gajum Sejo centum ex mutuo dare oportere, condemna. Pura hæc, ut vides, formula: atque ex ea unum Judicis officium cognoscere, utrum actori a reo ex mutuo debeantur centum: remque, si pareat, condemnare, licet proclamantem, sibi tantundem deberi; eoque iniquum fore, se condemnari, scilicet, quia Judex non est iussus judicare; utrum æquum sit, condemnari eum cui tantundem ab actore debeatur; sed dumtaxat, an actori a reo centum ex mutuo debeantur. ultra autem formulam neque accepit, neque habet judicandi facultatem. Posteriore casu non solet Prætor Judici præscribere formulam puram; sed ut postulavit reus, sub conditione, hoc modo: Si parer, Gajum Sejo ex mutuo centum dare oportere, condemna, extra quam si dolo intervenierit; vel, præterquam si reo tantundem ab actore debeatur. Igitur ordinato sic iudicio, jam hic erit exitus; ut possit reus, postquam actor intentionem suam probavit, a Judice petere, admitti exceptio-

ceptionem compensationis, sive doli mali: probato, sibi invicem deberi. Nec minus potest Judex, cognita veritate exceptionis, reum secundum formulam, sibi a Prætoris præscriptam, absolvere: more in judiciis recepto; de quo egi *lib. 1. De jurisdict. & imper. c. 13. & De forma emendandi doli mali c. 5. & 7.*

Ab hisce initiis actionum bonæ fidei & stricti juris profecta compensatio, in iis non usque quaque perseveravit: quibusdam Jureconsultis (quos inter Neratius *l. 4. D. h. t.*) compensationem etiam in actionibus stricti juris ipso jure admittentibus: hoc prætextu, quod quo tempore vicissim deberi cœpit quantitas, eo tempore jam fuit utraque obligatio mutuo consensu sublata, quasi solutione per brevem manum facta. Ea tamen varietate quod incerta fieret compensationis forma, aliis hanc, aliis illam, præferentibus: dicitur Imp. Divus Marcus de jure consultus, pro more illorum temporum, rescriptisse magis quod tutius, (sic mihi videtur) quam quod verius esset, compensationem in judiciis stricti juris fieri opposita exceptione doli mali *§. 30. Inst. de actionib.* Cæterum, ut alibi sæpius itam a Jureconsultis fuit adversus Principum Rescripta & Decreta: ita in præsentī contraria prævaluit sententia: omnibus Jureconsultis tandem in Fori disputatione uno ore consentientibus, (sic accipio Paulum in *l. 21. D. h. t.*) actiones omnes tam stricti juris, quam bonæ fidei, compensatione, tamquam genere quodam solutionis, ipso jure tolli. Addo, nullo discrimine, utrum liquidum esset utrumque debitum, an alterum, aut etiam utrumque, illiquidum: nam hujus discriminis nec vola, nec vestigium est ante Justinianum. Unius fuit privilegium Fisci; ne adversus eum admitteretur compensatio, præterquam debiti quod vel confessione liqueret statim, vel posset alias liquere intra duos menses *l. 46. §. 4. D. de jure fisci.* Verum quod tum singulare Fisci jus fuit, Imp. Justinianus in *l. ult. C. h. t. & §. 30. Inst. de actionib.* fecit commune omnium hominum: vetans, compensationem admitti; nisi utrumque debitum aperto jure nitatur. sic in *d. §. 30.* loquitur. in *d. l. ult.* ait, nisi causa ex qua compensatur, liquida sit, & non multis ambagibus innodata, sed possit Judici facilem exitum sui præstare. Inde vulgo percrebuit, tantum liquidi cum liquido, non etiam liquidi cum illiquido, aut illiquidi cum illiquido, compensationem esse.

Sit igitur in omnibus tam stricti juris, quam bonæ fidei, judiciis compensatio instar solutionis: modo utrumque (sic temperari suadet hæc imago) debeatur quantitas: functionem non in specie, sed in genere, recipiens: nam ea æque magna, & æque bona ab utraque parte, neutrius interest, utrum hanc, an illam, habeat. Non ita est in corporibus: ideoque passim, nec absurde jactatur, quantitatem quidem cum quantitate compensari; at corpus cum corpore, aut corpus cum quantitate, non æque. Primum, quia compensatio habetur species solutionis; nec debet aliud pro alio solvi invito creditori *l. 2. §. 1. D. de reb. credit.* ne melius quidem pro deteriore: affectu in corpora cadente, quum non cadat in quantitates, tantum ad consumptionem spectantes. Accedit altera æque justa & probabilis ratio: quod compensatione corporis cum quantitate vi ipsa fieret emptio & venditio: quæ libera esse debet, nec tamen foret libera; si corpus cum corpore, aut corpus cum quantitate, altero invito, compensaretur. Mitto argumenta: re clara in *l. 18. D. de pign. act.* cujus apposui verba. *Si convenerit, ut nomen debitoris mei pignori tibi sit, tuenda est a Prætoris hæc conventio: ut & te in exigenda pecunia, & debitorem adversus me, si cum eo experiar, tueatur. Ergo si id nomen pecuniarium fuerit, exactam pecuniam tecum pensabis: si vero corporis alicujus, id quod acceperis, erit tibi pignoris loco.* Non me trahit in contrarium: quod in *d. §. 30. Inst. de actionib. & l. ult. C.*

h. t. compensatio dicitur locum habere in omnibus actionibus tam in rem, quam in personam. Nam cum in utroque genere actionum æque veniant quantitates ac corpora: rationis est, compensationem utroque in genere demum usum habere; cum invenit casum in quo locum habere potest. Ac ne cui durior videatur illa interpretatio indefiniti sermonis ab Imperatore Justiniano adhibiti; non abs re erit, ei auctoritatem comparare sequente Apuleji loco, *De philosophia lib. 3.* jam alibi sæpius a me assumpto: *Universales sunt: ut omne spirans vivit: alia particulares; ut quadam animalia non spirant: alia indefinita: ut animal spirat. non enim definit, utrum omne, an aliquod. sed tamen pro particulari semper valet: quia tutius est id ex incerto accipere, quod minus est.* Obtineat igitur compensatio æque in actionibus in rem atque in actionibus in personam: non idcirco obtinet in omni casu in quo actio in rem locum habet: sed demum, si in ea præstanda quantitas est.

Reverramur eo unde incœpit disputatio. Modestinus *l. 1. h. t.* compensationem vocat debiti & crediti inter se contributionem. & monui jam in antecelsum, eam definitionem non esse sic exaudiendam, quasi indiget, compensationem procedere statim, ac sit debitum & creditum: sed si usuro compensatione sit debitum ab eo, adversus quem ea instituitur, ita non est satis, sustinentem uti compensatione docere, esse debitum: sed ei necesse est dicere, sibi esse debitum, atque ab illo adversus quem compensatione sit usurus. Cedo testimonia. non longe petam. sic Gordianus *l. 9. C. h. t.* *Ejus quod non ei debetur qui convenitur, sed alii, compensatio fieri non potest.* Peto a Sejo quod mihi debet. is vult compensare quod a me debetur Gajo. an est justa compensatio? negat Gordianus; quia non est mihi res cum Gajo, sed cum Sejo: & ut debeam Sejo, non debeo Gajo: igitur est tantum compensatio ejus quod actor debet reo; quia tum demum est mutuum debitum. hoc modo Papinianus *l. 18. §. 1. D. h. t. Creditor*, inquit, *non cogitur compensare, quod alii, quam debitori suo debet:* Et est valde observandum, quod Papinianus ait, hoc esse verum, *quamvis creditor ejus pro eo qui convenitur, ob debitum proprium velit compensare.* Igitur cum de debito & credito disquiratur in proposito, solum intelligitur debitum ei contra quem dirigitur compensatio, & debitum ab eo qui agit: quod si ab alio aut alii debeatur, non putatur debitum, compensationi aptum & necessarium. Exemplum in *l. 16. D. h. t.* Miles debitor Tirii, duos instituit heredes: unum bonorum castrensiū, alterum bonorum paganicorū. non id licet homini pagano, sed licet militi: cui ex privilegio sufficit ad bonorum suorum divisionem nuda ejus voluntas *l. 1. D. de testam. milit.* Sed quid est? heres bonorum paganicorū experitur adversus debitorem militis. hic agenti opponit compensationem ejus quod ex institutione militis debetur ab herede bonorum castrensiū. an recte? Non putat Papinianus. atqui agitur ab herede militis, & fuit debitum a milite, per heredem suum representari solito. ita est: sed in ea parte in qua heres est: non etiam in alia in qua non est heres: militis autem hereditas ejus voluntate ita divisa est per Constitutiones, quasi duorum sint hereditates *l. 17. D. eod. tit.* una bonorum paganicorū, altera castrensiū. recte igitur responsum a Papiniano, cum militi castrensiū bonorum alius, cæterorum bonorum alius, heres exitit, & debitor alteri heredum obligatus, vult compensare quod ab altero debetur, non audiendum esse: quia apparet, non deberi ab eo cui compensatio opponitur.

Simile exemplum in *l. 23. h. t.* in qua tutori, ut potest, experienti adversus pupilli debitorem, ab eo objicitur compensatio ejus quod ipse debet suo nomine. & quæritur, an recte? negat Paulus; non recepta compensatione adversus alium, quam qui agit.

git. atqui tutor agit. esto : sed ipse suo nomine non debet adversario , nec agit suo , sed pupilli nomine. ita juris interpretatione agit pupillus. tutor non agit , nec potest ei agenti pupilli nomine objici compensatio ejus quod ipse debet suo nomine : quia ut sit debitum , non est mutuum debitum. A l. 23. separemus tenorem l. 26. D. de admin. tutor. quæ alioquin posset alicui molesta esse. verba Papiniani hæc sunt : *Inter tutores divisa tutela est : æquitas quæ merum jus compensationis inducit , propter officium & personam agentis tutoris non differtur. nam divisio tutela quæ non juris , sed jurisdictionis est , modum administrationi facit , & inter ipsos locum habet , nec experiri volentibus obstare debet.* Ecce : pupillo patris testamento dati sunt tutores duo : & , ut apparet ex verbis d. l. inter hos divisa tutela est per Prætores. uni cessit administratio rerum urbanarum ; alteri provincialium. prior ille pupilli nomine agit de debito urbano , ad ejus administrationem pertinente. ei objicitur compensatio debiti provincialis. an jure ? dubitatio vertitur : quod divisa inter tutores est tutelæ administratio : & interest pupilli , non confundi rationes & officia tutorum : ut de Fiscis stationibus infra dicitur ex l. 1. C. h. t. quid Papinianus ? ait , merum jus compensationis indutum esse æquitate : & vocat merum jus quod est integrum , illæsum forte : qualia sunt quæ nulla admixtione sunt attemperata , aut corrupta : ut ostendi lib. 1. De jurisd. & imper. c. iv. sensus , Jus compensationis , sicut æquitate inductum est , ita integritatem suam in proposito servare ; ideoque non mutari propter officium & personam tutoris , petentis urbanum debitum : ut ut ei objiciatur compensatio debiti provincialis , ad ejus partes alioquin non pertinentis. quæso , quam ob causam ? accipe a Papiniano. ait : *Nam divisio tutela quæ non juris , sed jurisdictionis est , modum administrationis facit , & inter ipsos locum habet , nec experiri cum pupillo volentibus obstare debet.* Sensus Papiniani est : quod pupilli debitor , a tutore urbano conventus de urbano debito , cum eo volens compensare debitum provinciale , compensatione uti potest ; quamvis divisa inter tutores tutela : quia non cum tutore rem habet , sed cum pupillo. non enim tutor , sed pupillus ei tenetur. & quod tutor convenitur , in summa nihil efficit : quia perinde est , ac si pupillus ipse conveniatur. non igitur debet volenti cum pupillo experiri compensatione obstare tutelæ divisio : quia hac non debet corrumpi jus , quod ejus fuit ante divisionem. atqui divisio inter tutores facta est a Prætores. id concedit Papinianus , & proinde non timet dicere , eam esse jurisdictionis : sed interim negat , eam propterea esse juris. est igitur , inquit , facti , & pertinet ad modum administrationis inter ipsos tutores , inter quos exercita ea jurisdictio est , at ad creditores qui ei præsentis non fuere , non pertingit : tutela ipso jure legibus integra atque indivisa , licet de facto divisa sit auctoritate Prætoris : utique Legibus Duodecim Tabularum , sive unus detur tutor , sive plures , una est tutela personæ pupilli , & totius patrimonii ejus ex quo ab eo debeatur , ubicumque sit , & sive ab hoc , sive ab illo administratur.

Sunt hæc certissima : & fallunt tamen , conjunctione obligationum aliud postulante. Ne desit exemplum , adferam l. 5. h. t. in qua si quid a fidejussore petat creditor , cum invicem debet reo principali vel fidejussori : finit Gajus , fidejussorem eligere : utrum malit compensare , quod ipsi , an quod reo principali , debetur : idque æquissimum esse confirmat. Nimirum ex subtilitate juris non habet fidejussor compensare , nisi quod ipsi a creditore debetur. nihilominus est unum debitum fidejussoris & rei principalis : & putat Gajus , fidejussori non inique permitti , compensare non modo quod ipsi , sed etiam quod reo principali , debetur : quasi ratio non patiatur , esse fidejussionem ; cum deficit debitum principale : ubi autem cæpit a creditore invi-

cem deberi aut reo principali aut fidejussori ; tollitur principale debitum tam compensatione , quam solutione : & utraque peræque reo principali , & fidejussori , prodest ad liberationem l. 4. D. h. t. accedit , quod nec interest creditoris , utrum a reo principali , an a fidejussore aut solutio aut compensatio fiat.

Quod dixi de obligationum conjunctione , si debeat alii , quam volenti compensare , id dicam de conjunctione personarum : qualis est patris & filii qui est in ejus potestate. pone : aliquis contraxit cum filiofamilias. ex eo contractu filius actionem jure civili non acquirit sibi , sed patri in cujus potestate est. contra ipse creditori ex eo in solidum jure civili tenetur : pater nullo modo tenetur , ne a filio sine consensu suo obligetur. nihilominus visum , patrem ex contractu filii jure Prætorio teneri , quatenus in peculio est : quasi concedens filio peculium ex quo negotietur , in contractum filii , quatenus in peculio est , consensisse intelligatur. potest igitur pater agere ex contractu filii , societate , verbi gratia : & , si agat pro socio : ait Paulus , in solidum agendo , videri ratam habere societatem : eaque ratione conventum ab eo socium , jure compensationis servare solidum ; quamvis , si ageret adversus patrem , dumtaxat actio de peculio ei præstaretur. Sic , si cum patre agatur , quid , si agatur cum filio ? ait Paulus , quæri ; an quæ patri debeantur , filius compensare possit ? & putat , hoc magis esse admittendum : qua ratione ? ait , quia unus contractus est tam patris , quam filii. recte igitur filius quod patri debetur , in compensationem deducit : sed cum conditione ; ut caveat , patrem suum ratum habiturum , id est , non exacturum quod is compensaverit l. 9. pr. & §. 1. D. h. t.

Fui prope nimius , & tu intelligis , debitam ab utraque parte quantitatem ab utraque parte deberi compensatione , velut solutione , desinere ; cum neutrius intersit ulterius perdurare. id placet in principali debito , nec minus in accessionibus : certo , sublata principali obligatione , non posse fieri ; ut supersint accessiones l. 178. D. de reg. jur. l. 43. D. de solut. Sic legimus , post compensationem pignora repeti l. 12. C. h. t. & fidejussores liberari l. 4. D. eod. tit. etiam usuras : nullo discrimine , utrum utrimque sit usurarium debitum , an tantum ab altera parte : item , utrum hinc inde pares debeantur usuræ ; an ab altera majores , ab altera minores l. 11. & 12. D. h. t.

Tollitur igitur compensatione debitum utrimque , & totum : pari utrimque debito. alioquin pro summa concurrente. Et , si totum petas , plus petendo (inquit Palus lib. 2. Sentent. tit. 5.) causa cadis. Nimirum quia male agis : ut idem ait Paulus l. 4. D. h. t. Atqui debitum non potest solvi pro parte. Demus , si solutio fiat invito creditori. at consentienti pro parte solvi potest. id vero in compensatione fieri , auctor est Justinianus §. ult. Inst. de action. & ante constituit Alexander l. 4. C. h. t. cujus mentio l. 11. D. eod. tit. Sic nulla facta solutione. quid , si facta sit per errorem ? placet hoc Ulpiani l. 10. §. 1. D. h. t. *Si quis compensare potens , solverit , condicere poterit , quasi indebitum soluto.* Est hoc quoque notari dignum , (ex superioribus enim sequitur) quod Paulus observat l. 21. D. h. t. verbis sequentibus : *Postea quam placuit inter omnes , id quod invicem debetur , ipso jure compensari , si procurator absentis conveniatur , non debebit de rato cavere , quia nihil compensat , sed ab initio minus ab eo petitur.* Sensus Pauli : Procuratorem absentis nomine conventum , verbi gratia , condictione certi ex mutuo , si præsumat compensare quod domino ab actore invicem debeatur , non teneri cavere , dominum ratam habiturum compensationem : quia postea quam placuit , ipso jure compensari , quod invicem debetur , non procurator compensat , sed jus : eo quod compensatione fit , ut ab initio minus peti debeat : & quod plus petitur , male petitur , & ipso jure indebitum est.

Reliquum est, quando cesset compensatio. & jam datum exemplum in actione depositi. item, si quid vi occupatum sit *l. ult. C. h. t.* præterea ait Scævola *l. 22. D. h. t.* Si debeas decem millia aut hominem, utrum adversarius volet: non admitti hujus debiti compensationem; nisi adversarius palam dixisset, utrum voluisset: quia ante factam ab eo electionem non intelligitur, quid debeat, quid solvendum, adeoque compensandum sit.

De Fisco nihil attinet quærere: utitur enim jure privatorum. tantum monendum est quod Antoninus refert *l. 1. C. h. t.* Senatam censuisse, & sæpe rescriptum esse, compensationi in causa fiscali ita de-

rum locum esse; si eadem statio (de Fisci stationibus vide Jacobum Gothofredum ad *l. 19. Cod. Theod. de susceptoribus lib. 12.*) quid debeat. Sic Antoninus, & præfatur, hoc juris propter confusionem diversorum officiorum tenaciter servandum esse.

Quemadmodum Fisco, sic Reipublicæ, obijci- tur compensatio. nec tamen desunt casus, in quibus neutri obijciatur. extant hi in *l. 3. C. § l. 17. § 20. D. h. t. l. 46. §. 5. D. de jur. fisci.* nec sunt sine difficultate: de qua consule Viros Clarissimos Barnabam Brissoni- um, *De solutionib. c. De compensatione*, Hugonem Donellum *lib. 16. Com. jur. c. 15.* ibique in Notis Osualdum Hilligerum, & ab eo allegatos.

TITULUS III.

Depositum vel contra.

Post satis longum diverticulum redit hic Titulus eo, unde discessum fuit libro *xiv.* nam cum quatuor sint contractus quibus re contrahitur obligatio, mu- tuum, commodatum, pignus, & depositum: expo- sitis libro *xii & xiii* tribus prioribus, tandem expli- candum venit depositum. de quo in *l. 1. §. 1. h. t.* tale extat Edictum: *Quod neque tumultus, neque incen- dii, neque ruina, neque naufragii causa depositum sit, in simplum earum autem rerum qua supra comprehen- sa sunt, in ipsum in duplum: in heredem ejus quod do- lo malo ejus factum esse dicetur, qui mortuus sit, in simplum: quod ipsius in duplum judicium dabo.* Sic Edictum prodit Accursii editio, etiam Haloandri, & Vintimilii. Florentiæ est, (*ex*) *earum autem cau- sarum.* sed præstat Accursii lectio: repræsentans ve- terem loquendi formam, cujus sensus est: Quantum ad eas res, sive causas; vel in eis causis, sive in cæte- ris rebus: similem annotavi *lib. sing. Ad legem Aquili- am, c. 14.* ubi, si vacat & lubet, vide.

Interim æquitatem Edicti (ad hanc enim venio) nemo non summam esse confitebitur: intelligens, cum qui nequeat sua per se servare, ea amico custo- dienda tradere, meram ejus fidem sequutum: hunc autem appellatum, cum eam fallit, inficiatus deposi- tum, perdere pulcherrimum humanæ vitæ prædidi- um. adeo probo hoc Senecæ *lib. 4. De benefic. c. 10.* *Depositum reddere, per se expetenda res est.* Nec mihi tempero; ne putem, ad laudem sanctæ nostræ reli- gionis spectare sequens Plinii *lib. 10. Epist. 97.* testi- monium de Christianis sui temporis: *Seque sacra- mento non in scelus aliquod obstringere: sed ne furta, ne latrocinium, ne adulteria committerent, ne fidem fallerent, ne depositum appellati abnegarent.*

Actio depositi in hoc Edicto proponitur, si deposi- tum esse dicatur: sic enim ait Prætor: *Quod deposti- tum sit.* Deponere autem, auctore Nonio, inter alia significat desperare. inde depositi desperati. erat enim (ut nos docet Servius ad Virgilium, *lib. xii. Æ- neid. vers. 395.*) apud Veteres consuetudo; ut de- sperati ante januas collocarentur, vel ut extremum spiritum redderent terræ; vel ut possent a transeun- tibus forte curari, qui aliquando simili laboraverant morbo. quia vero illa depositio fiebat servandi homi- nis causa: obtinuit sermonis usu; ut quæ alterius fidei ac tutelæ committerentur, deponi dicerentur. Hac ratione ait Ulpianus *l. 1. D. h. t.* depositum esse, quod custodiendum alicui datum est; & dictum ex eo quod ponitur. addit, præpositionem, *De*, augere depositum: ut ostendat, totum ejus fidei commis- sum, quod ad custodiam pertinet. Sic Ulpianus. eodemque modo apud Festum: *Dedita, valde data: item decultarunt, valde occultarunt.* Significat igitur Ulpianus: quod rem aliquam custodiæ causa de- ponentes apud amicum, quem putamus fidelem, ejus curam omnem ita a nobis transferimus: ut to- tam ejus fidei & custodiæ relinquamus. id quoque quia non fit sine commendatione & respectu amici-

tiæ; inde quod deponitur, etiam commendari di- citur, & commendare pro deponere accipitur *l. 24. l. 26. h. t. l. 186. D. de verb. signif.*

Est igitur depositum, contractus juris gentium, bonæ fidei, quo res alicui gratis custodienda datur: ea lege, ut quodcumque deponenti videatur, ei non deteriorata restituatur. Primum dixi, deposi- tum esse contractum. sit argumentum: quod est con- ventio vi sua obligatoria ab utraque parte: ut ex Ru- brica intelligitur. est igitur contractus *l. 19. D. de verb. signif.* Addidi, juris gentium: eo quod depo- situm retinet simplicitatem juris gentium, non acce- pta nova forma a jure civili. ita potest æque a peregrinis contrahi atque a civibus Romanis. ad hoc quoque nullam desiderat solennitatem jure gentium incogni- tam. Quod vero adjeci esse bonæ fidei, convenit contractui ex utroque latere obligatorio: idque pa- lam testatur Ulpianus *d. l. 1. §. 23. h. t.* Præterea dixi: quod in deposito res datur gratis custodienda. ita spectat ad officium & beneficium: usque adeo; ut si quid pro custodia interveniat, non sit depositum; sed locatio conductio, aut contractus innominatus *l. 1. §. 9. D. h. t.* quamquam si pretium depositionis derur, non tamquam merces, (nam & pro mercede alibi est *l. 5. §. 2. D. Commodati*) sed tamquam sala- rium remunerandi gratia, adhuc depositum est: loca- tio non est *l. 2. §. 24. D. Vi bon. rapt.* sicut & in man- dato sequente Titulo annotabo. Porro ait definitio: quod in deposito res datur custodienda. Sic Ulpia- nus *d. l. 1. pr.* rectissime: est enim unus depositi fi- nis, custodia: ac si alia fuerit tradendi causa, quam custodiæ: non erit depositum; sed alius contractus, deposito forte non ablimilis; qui appellatur manda- tum. tractantur hujusmodi casus *d. l. 1. §. 11. 12. 13. § 14. h. t.*

Postremo observandum in definitione depositi: quod Ulpianus *d. l. 1. pr.* dicens, depositum esse quod est datum custodiendum, indigitat, contra- ctum a ponendo dictum, & ad custodiam respicien- tem, non ante perfici, quam re tradita *§. 3. Inst. Quib. mod. re contrah. oblig.* cum ne custodiri qui- dem possit, nisi tradita. Ita vero prudenter accipien- dum est verbum, *datum*, quo in *d. l.* utitur Ulpianus. nam cum alias dominii translationem significet *l. 75. §. ult. D. de verb. oblig.* hic adjecto *custodia* verbo temperatur: ut datum sit positum sive traditum cu- stodiæ gratia: sufficiente illi nuda detentione: pos- sessionis autem aut dominii translatione minime ne- cessaria. adeo Florentinus *l. 17. §. 1. h. t.* Rei, inquit, depositæ proprietates apud deponentem manet, sed & possessio. Sequitur in definitione, depositum dari ea lege: ut deponenti reddatur. nimirum, quia est fi- nis custodiæ, ut res deposita ad utilitatem deponentis a depositario servetur, & repetenti ex fide bona red- datur. Quando? omni tempore. videlicet, quia de- ponentis interest, rem a se depositam sibi reddi: de- positarii non interest, eam invito deponente retinere; gratui-

gratuita ejus custodia, & injusta, si eam nolit deponens *d. l. 1. §. 45.* Cæterum ut statim ac reperitur, restitui debet res deposita; sic convenit naturæ depositi: ut integra, & non deteriorata restituatur *d. l. 1. §. 16.* nec dubito, quin huc alludat hoc Prudentii, *Cathemerin. hymn. in exeq. defunctor.*

*Tu depositum tege corpus,
Non immemor ille requiret
Sua munera fictor & auctor,
Propriique enigmata vultus.
Veniant modo tempora justa,
Cum spem Deus impleat omnem,
Reddas patefacta necesse est,
Qualem tibi trado figuram.*

Quod depositum dixi, alio nomine sequestrum appellatur: non enim patiar, a deposito distingui sequestrum; & separationem talem respuit Ulpianus *l. 5. D. b. t. confessus*, cum sequestro esse depositi actionem. Id vero quid innuit, nisi sequestrem esse depositarium? arbitremur igitur, sequestrum non esse speciem contractus a deposito distinctam ac separatam, sed esse legem depositi ad actionem depositi pertinentem. quomodo antichresis est lex pignoris custodienda actione hypothecaria, aut pigneratitia: & in diem addictio est lex venditionis quam exequimur actione ejus contractus. Hisce exemplis facile fero, illos contractus hujusmodi pactis transfigurari: eoque hæc pacta propria habere nomina, sed non puto, ipsos contractus ex his pactis fieri novos aut alios ab eis qui forent, si pactis informati non essent. Nescio, an huc eat Paulus *l. 6. D. b. t.* sic scribens: *Proprie in sequestre est depositum; quod a pluribus in solidum certa conditione custodiendum reddendumque traditur.* Sensus Pauli est, In sequestre, vocabuli proprietatem quærentibus, esse depositum rei, (puta controversæ *l. 110. D. de verb. signif.*) & hoc a pluribus fieri *l. 17. d. t.* idcirco quod pars non credit parti, (ut in *l. 39. D. de solut.* apud Petronium *Satyrice. c. 15.* & Platum *Rudent. 4. 3.*) sub ea conditione, five eo pacto, ut pendente lite a sequestro custodiatur, & ea finita victori restituatur *l. 33. D. b. t.*

Non inelegans fuit superior observatio. sed quæ sequitur, erit æque pulchra. vult illa: quod sequestrum a litigantibus vel ultro fit, vel demum ex auctoritate Judicis. alterum voluntarium, alterum necessarium appellatur. prius, præter contrahentium voluntatem, nihil desiderat, & interim in pecuniis, inque corporibus, præsertim mobilibus, indistincte admittitur. idem fere est in posteriore. tantum interest: quod hoc a Judice demum causa cognita inducitur; & tum quoque in pecuniis æque obtinet atque in corporibus mobilibus *l. 7. §. ult. D. Qui satisd. cog. aut fructibus rerum petitarum.* Paulum vide *lib. 5. Sentent. tit. 36.* tum *l. 5. §. 1. D. Ut legat. seu fideic. servand. caus. cav. l. 21. §. 3. D. de appellat.* etiam Symmachum *lib. 10. Epist. 53.* ita scribentem: *Inzerea Constitutionis memor, sequestrari mobilia fructusque præcepi, ne medii temporis usurpatio abutatur indebitis.* Hæc sic servavit jus civile usque ad Principatum Honorii & Theodosii. inde inductum in *l. unic. C. de probib. sequestr. pecun.* est jus novum: quando his placuit, in sequestratione necessaria corpora distinguere a pecunia ex qualicumque contractu debita: & in hac eam prohibere; in illis retinere. Ain' tu? clare Imperatores: *Quotiens*, inquit, *ex quolibet contractu pecunia postulat, sequestrationis necessitas conquiescat.* Sola in his verbis prohibetur necessaria pecuniæ, & ex qualicumque contractu debita, sequestratio. Idem agit Rubrica, ex ipsa illa lege formata, *De probibita sequestratione pecunie.* Non est hæc generalis, de probibita sequestratione: sed, ut in lege observavi, loquitur de pecunia sola: non de corporibus. Igitur ne dubitemus, quod Rubrica, quodque Lex indicat, in præsentia fieri jus novum, Veteribus incognitum. verius

Neodt Operum Tomus II.

que id ideo fuerit: quod in *d. l. unic.* non proponitur Rescriptum ad factum, Principibus alicujus Libello oblatum: sed nova ipsorum Constitutio missa, ut Inscriptio docet; ad Johannem Præfectum Prætorio. quod est diligentissimæ observationis: evidenter probantis, eam de sola pecunia, & quidem bis, loquentem, ex Imperatorum placito oportere intra pecuniam ex qualicumque contractu postulatam retineri; ad corpora vero, ne mobilia quidem, extendi: quamquam sub pecunia alioquin omnes res, etiam corpora, contineantur. Quam ob rem? ne lis, si de pecunia forte moveatur ex aliquo contractu, ab executione accipiat initium. Huc spectant sequentia *d. l. unica* verba: *Oportet enim debitorem primo convinci, & sic deinde ad solutionem pulsari.* Item quod ulterius subjicitur: *Quam rem non tantum juris ratio, sed & ipsa æquitas confirmat, ut probationes secum adferat, debitoremque convincat pecuniam petiturus.* Est igitur sola pecuniæ ex qualicumque contractu postulatæ sequestratio, a Judice iussa fieri, in *d. l. unic.* ab Honorio & Theodosio probibita, cum ante esset licita. Dixi, quid mihi sedeat; & addam, fere simile esse visum V. CL. Johanni Roberto *lib. 1. Sentent. jur. c. 5.*

Consilium mihi fuit, hic recedere a sequestratione. sed ne faciam, postulat proxima inspectio de possessione rei depositæ apud sequestrem. nam de ea a Viris Doctis disputatur propter *l. 17. §. 1. b. t. & l. 39. D. de adq. possess.* mihi vero non succurrit causa litis, quidquid aliis videatur. rem consideremus. Verba *d. l. 17. §. 1.* talia sunt: *Rei deposita proprietas apud deponentem manet: sed & possessio; nisi apud sequestrem deposita est. nam tum demum sequester possidet: id enim agitur ea depositione, ut neutrius possessioni id tempus procedat.* In his verbis significat Florentinus, quod sequestratio est depositum rei, non cuiusque, sed litigiosæ, a pluribus factum sub certo pacto custodiendæ ac restituendæ. sed sive controversa res sit deposita, sive alia, & sive huic, sive illi custodienda & restituenda, dum ad custodiam spectat, quid refert? est igitur rationis, depositæ rei proprietatem, etiam possessionem, apud deponentem manere: neutrius translatione ad custodiam hic aut illic necessaria. ita: si naturæ suæ relinquatur sequestratio, re simpliciter custodiæ gratia apud sequestrem deposita. sed quid, si visum sit contrahentibus, ipsam possessionem apud sequestrem deponere? ait Florentinus, esse ea conventionem actum, ut sequester possideat: nec esse tum quod veter, quo minus possideat sequester, non quia huc it natura sequestrationis, sed quia sic placuit contrahentibus: forte nolentibus, ut neutrius possessio interim ad usucapionem alteri procedat. Sic mihi videtur: & tantum abesse, ut Florentino resistat Julianus in *d. l. 39. D. de adq. possess.* ut e contrario eum juvet omni modo: sic scribens. *Interesse puto, qua mente apud sequestrem deponatur res.* Optima hæc Juliani observatio, ubi quæritur, an sequester possideat, non esse juris, sed facti quæstionem. proinde unum inspicere oportere, quid sit actum inter contrahentes: & sic egregie subjicit: *Nam si mittenda possessionis causa, & hoc aperte fuerit approbatum: ad usucapionem possessio ejus partibus non procederet. at si custodia causa deponatur, ad usucapionem eam possessionem victori procedere constat.* Id vero an aliud est, quam quod a Florentino dictum. In sequestro possessionem manere apud deponentem: nisi ipsa apud sequestrem est deposita: idque manifeste probetur.

Sed revertor ad Edictum. in quo porro ait Prætor, *Judicium dabo.* Hoc judicium vocatur depositi; & est duplex, vel directum, quod in specie depositi est, vel contrarium. indicio Rubrica, *Depositi vel contra.* Esse vero hanc actionem bonæ fidei, & ipse modo demonstravi, & dubitari vetat Ulpianus *l. 1. §. 23. b. t.* Actio depositi directa competit deponenti: postulante bona fide hujus contractus, depositum reddi ei qui deposuit. Ita Trypho-

ninus *l. 31. h. t.* dicens, hanc bonam fidem exigere summam æquitatem. solum quærit, quomodo eam æstimemus? utrum ad merum jus gentium, an vero cum præceptis civilibus & prætoriiis. veluti (hoc proponit exemplum) reus capitalis judicii deposuit apud te centum. is deportatus est: bona ejus publicata sunt. utrumne ipsi hæc reddenda, an in publicum deferenda sunt? Ait Tryphoninus, si tantum naturale jus & gentium intuemur; ei qui dedit, restituenda sunt: si civile jus & legum ordinem, magis in publicum deferenda sunt. & causatur, male meritum publice, ut exemplo aliis ad deterrenda maleficia sit, etiam egestate laborare debere. Tenes unam inspectionem. Incurrit in §. 1. & alia ea inspectio est; an bonam fidem inter eos tantum, inter quos contractum est, nullo extrinsecas assumpto, æstimare debeamus; an respectu etiam aliarum personarum, ad quas id quod geritur pertinet. exempli loco: latro spolia mihi abstulit. Spolii appellatione Tryphoninus designat vestem quam mihi detrahit latro. ut apud Ulpianum *l. 6. D. de bon. damn.* & in hoc Tertulliani, *De resurrect. carn. c. 7. Ita quod hodie spoliū efficitur, si detrahatur, hoc fuit indumentum cum superstruebatur.* Latro igitur abstulit mihi spolia: & ea posuit apud Sejum inscium de malicia deponentis, utrum latroni, an mihi restituere Sejus debeat? Tryphoninus sic ait; Si per se dantem accipientemque intuemur, hæc est bona fides, ut commissam rem recipiat is qui dedit: si totius rei æquitatem quæ ex omnibus personis quæ negotio isto continguntur, impletur, mihi reddenda sunt, quo (lege, quod, siue cui) facto scelestissimo adempta sunt. Tum sic pergit: Et probo, hanc esse justitiam quæ suum cuique ita tribuit, ut non distrahatur ab ullius personæ justiore repetitione. Quod si ego ad petenda ea non veniam, nihilominus ei restituenda sunt qui deposuit, quamvis male quæsitā deposuit. quod & Marcellus in prædone & fure scribit. eumque probat etiam Ulpianus *l. 1. §. 39. h. t.* Ne hoc quidem sileri vult Tryphoninus, aliquando bonæ fidei convenire: ut liceat depositario, rem depositam retinere, repetente eam qui deposuit. & ponit exemplum: Si ignorans latro, cujus filio vel servo rem abstulisset, apud ejus patrem dominumve deposuit ignorantem: & addit, quod nec ex jure gentium consistet depositum; cujus hæc est potestas, ut alii, non domino sua ipsius res quasi aliena servanda detur. Et si rem meam fur, quam me ignorante subripuit, apud me etiam nunc delictam ejus ignorantem deposuerit: recte dicetur non contrahi depositum; quia non est ex fide bona, dominum rem suam prædoni restituere compelli. sed & si etiam nunc ab ignorante domino tradita sit quasi ex causa depositi, tamen indebiti dari condictio competet.

Datur igitur directa depositi actio deponenti. quid, si servus sit? ait Ulpianus, jam dominum eam habiturum *l. 1. §. 17. h. t.* siue vivat servus, siue decesserit *d. l. §. 30.* non obscura ratione: nam servus nihil habet proprium: imo quod acquirit, domino acquirit: usque adeo, ut ne momento quidem subsistat in persona servi. hac ratione actio depositi ex servi deposito non servi, sed domini est; eaque dominus experietur: non modo vivo servo, sed etiam mortuo: quia ea actio numquam servi fuit; semper domini fuit. adeo nec manumissus ea ager: ut numquam ejus fuit. *d. l. 1. §. 30.* Idemque est, alienato servo: quia domino acquisita ab initio actio ab eo propter manumissionem aut alienationem servi non recedit. Ita verum est, initium spectandum esse *d. l. 1. §. 30. l. 78. D. de verb. oblig.* Ex vivi servo, quid de hereditario dicendum sit, facile conjicitur: quando vel hic, re deposita, actionem acquirit hereditari jacenti tamquam dominæ, & per eam futuro heredi *l. 9. C. h. t. l. 16. D. de oblig. & act.* Proxima deliberatio est, quid juris sit, si is qui mihi bona fide servit, rem deposuerit. ait vero

Ulpianus *d. l. 1. §. 27.* actionem mihi dari: deposita ab eo te ad me pertinente. Simili modo & si usufructum servi habeo, & quod is deposuit, fuit ex eo peculio quod ad me pertinebat, vel res mea fuit, eadem actione agere potero *d. l. 1. §. 28.* Sed apparet, actionem depositi dari deponenti: nec dubium est, quin etiam heredi detur. De tertio quæsitum fuit in *l. pen. C. Ad exhibendum.* Fac: aliquis res Photini deponens, convenit: ut ex Photino redderetur. Imp. Diocletianus & Maximianus ita rescripserunt: *Si res tuas commodavit aut deposuit is cujus in precibus meministi, adversus tenentem ad exhibendum vel vindicatione uti potes. Quod si pactus sit, ut tibi restituantur: si quidem ei qui deposuit, successisti jure hereditario, depositi actione uti non prohiberis: si vero nec civili, nec honorario jure ad te hereditas ejus pertinet: intelligis nullam te ex ejus pacto, contra quem supplicas, actionem stricto jure habere: utilis autem tibi propter æquitatis rationem dabitur depositi actio.* Hoc illi: & plura ejusdem æquitatis Principum Constitutionibus inducta adversus juris regulam annotavi ego *lib. sing. Ad Edict. De pact. & transact. cap. 25. pag. 555.*

Ab alia causa pendet intellectus Pauli *l. 26. D. h. t.* Verba Pauli: *Publia Mævia, cum proficisceretur ad maritum suum, arcam clausam cum veste & instrumentis commendavit Gaje Sejo, & dixit ei: cum salva sanave venero, restitues mihi: certe si aliquid mihi humanum contigerit, filio meo quem ex alio marito suscepi. Defuncta ea intestata, desidero, res commendata cui restitui debeant: filio, an marito.* Paulus respondit, *filio.* Publia Mævia æd. maritum profectura, arcam clausam cum veste & instrumentis Gajo Sejo commendavit: eique dixit, id est, & pacta est: ut, si salva sanave redierit, ipsi redderetur: sin ei aliquid humanum contigerit; (id est, si obierit: hoc enim valet ea locutio, avertura malum omen apud homines superstitiosos) filio, quem ex prior marito suscepit, redderetur. Defuncta Publia Mævia intestata, quæsitum fuit: utri restitui debeat arca, filio, an marito; Paulo placuit, eam filio restitui. quo jure? forte dices depositi. sed non ita est: nam mater non potest filio suo pacto depositi actionem adquirere. quo igitur jure? fideicommissi ex Constitutione D. Pii: qua placuit; ut si deposita apud aliquem sit pecunia, ejusque fidei commissum, ut eam præstet, fideicommissum deberi; quasi rogatus sit heres, id debitum debitori remittere. estque ejus rei effectus: ut depositarius, etsi restituit debitum, heredi maneat obligatus, ab eoque possit actione depositi conveniri: sed conventus possit se tueri exceptione doli. quod cum ita se habet: ait Ulpianus ab omni debitore posse fideicommissum relinqui *l. 77. D. de legat. lib. 1.* idemque confirmat Scævola *l. 37. §. 3. D. de legat. lib. 3.* Hæc ego sic breviter: latius A. Faber *lib. 19. Conject. c. 18.*

Sequitur, adversus quem detur depositi actio. est vero consequens tam Edicto, quam naturæ depositi, eam dari adversus depositarium, cum quo contractum est; excepto, si rem suam apud se deponi passus sit. tum enim non tenetur depositi: sicut qui rem suam conducit, aut præcario rogat, nec de præcario, nec ex locato tenetur *l. 15. D. h. t.* Non adde rem, hanc actionem in solidum dari adversus heredem, quippe cum is defunctum repræsentet: nisi Veteribus visa esset hæc quæstio non indigna tractari: hac contemplatione, quod actiones ex delicto non solent dari adversus heredes; nisi quatenus pervenit. porro actio depositi venit ex delicto; quia venit ex dolo. non igitur debet adversus heredem dari, nisi quatenus pervenit. Sed Ulpianus *l. 7. §. 1. h. t.* sic scribit: *Datur actio depositi in heredem ex dolo defuncti in solidum, quamquam enim alias ex dolo defuncti non solemus teneri, nisi pro ea parte qua ad nos pervenit: tamen hic dolus ex contractu, reique persecutione descendit, ideoque in solidum unus heres tenetur;*

tenetur; plures vero pro ea parte qua quisque heres est. Ulpiani sensus, actionem depositi agendi causam quidem accipere ex dolo, id est, ex delicto, sed originem trahere ex deposito, id est, ex contractu: ideoque in hac aliud servari, quam in actionibus ex delicto directo natis: nam has palam intendere ad pœnam quam non meretur heres a delicto vacuus: sed actionem depositi directo venire ex contractu, eoque respicere ad id quod interest deponentis: id est, non ad depositarii pœnam, sed ad persecutionem ejus quod deponenti abest, ob depositarii dolum malum. ea igitur ratione dari adversus heredem, non quatenus pervenit, sed ut, ut sit in ceteris contractibus, in solidum, si unus heres sit: alioquin pro ea parte, pro qua heres est. sic Ulpianus: & fere Pomponius l. 12. & Paulus l. 49. *D. de oblig. & act.*

Dixi depositario & ejus herede. videamus de tertio. pone: is apud quem rem deposueris, eam deposuit apud alium. an tibi adversus hunc est depositi actio? non est: nempe, quia cum illo non contraxisti. quamquam, si extent nummi, potes tamquam dominus uti vindicatione l. 8. *C. h. t.* præterea placeat Africano, si ille apud quem postea sit depositum, dolo quid admisit, ob illius dolum, eum apud quem tu deposueris, eatenus habere depositi actionem; & hunc tibi teneri, ut eam præstet, id est, cedat tibi l. 16. *D. h. t.* idemque vel simile etiam alias observatur l. 1. §. 11. *d. t.*

Hæc: si quid depositum sit apud patremfamilias. Cæterum si depositum sit apud filiumfamilias; Ulpianus d. l. 1. §. 42. sic inquit: *Filiumfamilias teneri depositi constat: quia & ceteris actionibus tenetur. sed & cum patre ejus agi potest dumtaxat de peculio. idem & in servo: nam cum domino agitur.* quod & traditum l. 5. *D. de peculio.* Quid, si res deposita sit apud filiumfamilias, & emancipatus eam teneat? jam non debet pater de peculio teneri; ne intra annum quidem: sed ipse filius l. 21. *D. h. t.* Trebatius hoc plus existimat, etiam si apud servum depositum sit, & manumissus rem teneat, in ipsum dandam actionem, non in dominum: licet ex cæteris causis in manumissum non detur actio d. l. 21. §. 1.

Hæc: si quid depositum sit apud unum: est & aliqua deliberatio, si depositum sit apud plures. occurrit ea in l. 1. §. 43. *h. t.* Verba: Si apud duos sit deposita res, adversus unumquemque eorum agi poterit: nec liberabitur alter, si cum altero agatur: non enim electione, sed solutione liberantur. proinde si ambo dolo fecerint, & alter quod interest præstiterit, alter non convenietur, exemplo duorum tutorum. quod si alter vel nihil, vel minus facere possit: ad alium pervenietur, idemque & si alter dolo non fecerit, & idcirco sit absolutus: nam ad alium pervenietur. Quid, si duo deposuerint, & ambo agant? in d. l. 1. §. 44. sic extat: Si duo deposuerint, & ambo agant: si quidem sic deposuerunt, ut vel unus tollat totum, poterit in solidum agere: sin vero pro parte pro qua eorum interest, tunc dicendum est, in partem condemnationem faciendam.

Tempestivum est, tractare, ad quid competat depositi actio. Ait Prætor l. 1. §. 1. *h. t.* *Quod neque tumultus, neque incendio, neque ruina, neque naufragii causa depositum sit, in simplum: earum autem rerum quæ supra comprehensa sunt, in ipsum in duplum: in heredem ejus quod dolo malo ejus factum esse dicetur, qui mortuus sit, in simplum: quod ipsius, in duplum iudicium dabo.* His verbis Prætor temperat severitatem Legis Duodecim Tabularum, actionem ex omni deposito adversus inficiantem in duplum sine discrimine concedentis. Auctor Paulus lib. 2. *Sentent. tit. 12.* his verbis: *Ex causa depositi Lege Duodecim Tabularum in duplum actio datur, Edicto Prætoris in simplum.* Ulpianus vero d. l. 1. §. 2. Merito, inquit, has causas separavit Prætor: quæ continent fortuitam causam depositionis ex necessitate

descendentem, non ex voluntate proficiscentem. Ulpianus significat, Prætorum vulgare depositum iustissime distinguere a miserabili: nam in illo rem, locum, tempus, pati deliberationem de fide depositarii: in hoc necessitatem non pati moram. priore igitur casu turpem quidem esse inficiationem, si non reddatur depositum; sed deponentem habere quod sibi imputet. in posteriore non habere. quid ergo est? Ulpianus d. l. 1. §. 4. sic censet: *Cum quis fidem elegerit, nec depositum redditur, contentus esse debet simpli. cum vero extante necessitate deponit; crescit perfidia crimen, & publica utilitas coercenda est, vindicanda reipublica causa. est enim inutile in causis hujusmodi fidem frangere.* Sic Florentiæ legitur: sed mendose. quid enim denunciat versus? *crescit perfidia crimen, & publica utilitas coercenda est vindicanda reipublica causa.* Si sapimus, coercendum est quod nocet: fovendum quod est utile. Melius, & ad rem propius vulgata Accursii editio: *crescit perfidia crimen, & publica utilitate coercendum est vindicanda reipublica causa.* In hac scriptura sensus aliquis quin in Florentina nullus. Neutra tamen omni vitio caret: quando in utraque bis idem dicitur: nec aliud sonat, *coercenda publica utilitas, quam vindicanda res publica.* Displicuit hæc Tautologia, opinor, Haloandro & Vintimilio, qui sic edunt: *Crescit perfidia crimen, & publica utilitas coercendo vindicanda est.* Forte melius conjiciam: *crescit perfidia crimen, & publica utilitate coercendum est: vel, crescit perfidia crimen, & est vindicanda reipublica causa.* alterutrum enim sufficit. Si tamen licebit mihi, meo uti iudicio, nihil mutem: non quod probem Tautologiam, numquam laudandam: sed quia eam sermonis negligentiam ne Veteribus quidem fuisse aut incogitantia, aut festinatione insolitam, est sapius a me & aliis animadversum. notavit talem Salmasius Notis ad hoc Capitolini, *Vita Veri c. 5.* Donatos etiam calices singulis per singulas portiones, myrrhinos & crystallinos, Alexandrinos, quoties bibiturum est. Ego ne nostros quidem hoc vitio absolvi supra ad Titulum, *De in integrum restitutionibus* in l. 3. *ibidem* quæ est Modestini. Verba: *Omnes in integrum restitutiones causa cognita a Præatore promittuntur: scilicet ut iustitiam earum causarum examinet, an vera sint, quarum nomine singulis subvenit.* Mitto alios: in ipso Ulpiano loca duo consimilia deprehendi lib. 3. *Probabil. c. 10.* unum est in l. 1. §. 7. *D. de Edict. Edict.* alterum in l. 5. §. 1. *D. de jur. deliber. & miramur, hic observari tertium?*

Sed venio ad Edictum. ejus prima providentia versatur circa vulgare depositum. ex quo vult agi in simplum: id est, ut depositum ex fide bona in specie restituatur, si corpus sit. imo etiam si quantitas sit, pecunia, verbi gratia, maxime obsignata: siquidem tum actum videtur; ut corpora nummorum eadem quæ deposita fuere, reddantur. quod si pecunia non obsignata deposita, convenit, tantundem restitui: dicitur res egredi notissimos depositi terminos. sed placuit Papiniano, esse depositum; si in contrahendo id voluere contrahentes. sic ille in l. 24. & 25. *h. t.* quas, ut merentur, curatius exposui lib. sing. *Ad Edict. De pact. & transact. c. 19. p. 539.*

Igitur in hanc actionem venit res deposita: ideoque bene designanda. formam Ulpianus l. 1. §. 40. hanc dat: *Si quis argentum vel aurum depositum petat, utrum speciem, an & pondus complecti debeat? & magis est, ut utrumque complectatur: scyphum forte vel lancem, vel pateram dicendo, & materiam & pondus addendo. sed & si purpura sit infecta vel lana, pondus similiter adjiciendum: salvo eo, (quod est in primis notandum) ut si de quantitate ponderis incertum est, juranti succurratur.* Inde quæsitum fuit apud Ulpianum d. l. 1. §. 41. *Si cista signata deposita sit, utrum cista tantum petatur, an & species comprehendenda sint?* & ait Trebatius, *cistam repetendam, non singularum rerum depositi agendum. quod si res ostense sunt, & sic deposita, adjicienda sunt & species vestis.*

Labeo autem ait, eum qui cistam deponit, singulas quoque res videri deponere. ergo & de rebus agere eum oportet. quid ergo si ignoraverit is qui depositum suscipiebat, res ibi esse? non multum facere, cum suscepit depositum. Ego & rerum depositi agi posse existimo, quamvis signata cista deposita sit. Superiori quaestioni non ablimilis est sequens: an in hanc actionem præter rem depositam etiam veniat accessoria, vestis, verbi gratia, homine deposito, aut capistrum deposito equo. Ulpianus *l. 1. §. 5. h. t.* sic scribit: *Quæ depositis rebus accedunt, non sunt deposita, ut puta, si homo vestitus deponatur. vestis enim non est deposita: nec si equus cum capistro. nam solus equus depositus est.* Locus obscurus: sed, puto, significat, quæ rebus depositis accedunt, ea non intelligi deposita, si non sint nominatim deposita; ideoque principaliter non peti actione depositi: sic verbi gratia, deposito homine vestito, hominem esse depositum; vestem non esse. scilicet, quia alius est homo, alia vestis: & quamquam vestis accedat homini deposito; tamen si in hominis depositione commendata est hominis custodia, non etiam vestis custodia, tantum homo depositus, non etiam vestis deposita, intelligitur. Similiter deposito equo cui adhærebat capistrum; ait Ulpianus, equum esse depositum, capistrum non esse. igitur solum hominem in actionem depositi venire, eaque principaliter peti; vestem non venire, neque ea peti separarim: itemque solum equum in eam actionem venire; capistrum non venire; neque principaliter peti: quia neque de vestis, neque de capistri, custodia in deposito nominatim actum est. Si tamen homo aut equus petatur actione depositi: noli putare, illa ratione effici; ne depositarius officio iudicis teneatur hominem cum veste, aut equum cum capistro, restituere. nam cum actio depositi sit bonæ fidei; an quis potest sibi persuadere, in ea sufficere, rem depositam qualiter qualiter restitui? non dices: sed oportere eam restitui ex fide bona. ac, si non sic restituatur, ne restitui quidem intelligi, convenit autem bonæ fidei, rem ita restitui, ut fuit deposita: id est, hominem cum veste, equum cum capistro: quod & in commodato placuit *l. 5. §. 9. D. Commod.*

Venit igitur in actionem depositi res deposita ex fide bona restituenda. nec est dubium, quin depositarius rem, qualiter deposita fuit, restituens, ab hac actione liberetur. quid, si deteriore reddat? Ulpianus *l. 1. §. 16. h. t.* Si inquit, *res deposita deterior reddatur, quasi non reddita, agi depositi potest, cum enim deterior redditur, potest dici, dolo malo redditam non esse.* Sic constanter scribitur, nec corrigo scripturam quam puto Ulpiani esse, quamquam obscuram atque involutam. interim nec dissimulo, potuisse melius & ad rem accommodatius ab illo sic scribi: *cum enim redditur deterior dolo malo; potest dici, redditam non esse.* Sensus: cum enim dolo malo redditur deterior; potest non reddita videri, quæ non est reddita ex fide bona. Utrumque erit; tenebitur utroque casu depositarius deponenti ad id quod ejus interest, rem depositam sibi restitutam esse, & non deterioratam depositarii dolo malo.

Pene exciderat mihi, quod supra monui, rem depositam debere restitui statim: si quidem de tempore restitutionis nihil pactum conventum sit. imo etsi deposuero apud te, ea lege, ut post mortem tuam reddas: vel sic potero & tecum & cum here de tuo agere depositi: non patiente fide bona; ut rem meam, me invito, retineas; cum tua non versatur utilitas. Atqui hæc fuit lex depositi. Esto: sed est contra naturam contractus. igitur non servatur: & ut optime ait Ulpianus, possum mutare voluntatem, & ante mortem tuam depositum repetere *l. 1. §. 45. h. t.* Proinde & si sic deposuero, ut post mortem meam reddatur: potero, inquit Ulpianus, & ego & heres meus agere depositi. ego mutata voluntate *d. l. 1. §. 46.* Inde ulterius quaesitum est, si heres rem apud testatorem depo-

sitam distraxit, ignarus depositam esse, an teneatur depositi. sed quid dolo fecit, ignarus depositam esse? nihil. Verius est igitur, de re non teneri. an tamen de pretio teneatur quod ad eum pervenit, videamus. sed magis est, hætenus teneri eum. hoc enim ipso dolo facit: quod id quod ad se pervenit, non reddit *d. l. 1. §. 47.*

Mentio doli mali quam aliquoties feci, non finit; ne hic admoneam, eum, sed solum, semper venire in actionem depositi. & est ratio: quod in deposito vertitur unius deponendis utilitas, nulla depositarii. tantum hujus est onus custodiæ, ex officio præstandæ *l. 5. §. 2. D. Commodari.* Non mutat; si convenerit, non esse præstandum dolum. nam talis conventio putatur esse contra bonam fidem, contraque bonos mores, & ideo nec sequendam *l. 1. §. 7. h. t.* quid, si sic convenerit, Ne depositi agatur? vi ipsa convenit, Ne de dolo agatur. tamen proderit tale pactum *l. 27. §. 3. D. de pact.* sed sobrie ac modeste explicandum: ut demonstravi *lib. sing. Ad Edict. De pact. c. 19.* Nec hoc reprehendat quisquam, si convenerit; ut in deposito & culpa præstetur: nam contractus ex conventionem legem accipiunt *d. l. 1. §. 6. h. t.* nec est tale pactum contra juris formam *l. 7. §. 15. D. de pact.* patientis, depositarium, si velit, esse a culpa liberum: sed, si nolit, non cogentis. Ab ea igitur causa ait Ulpianus *d. l. 1. §. 35.* sæpe evenire, ut res deposita vel nummi sint periculo ejus apud quem deponuntur: & esse talem casum, si hoc nominatim convenit. Addit etiam alium, si quis se deposito obtulit: nam vel illum se periculo depositi illigasse, quatenus? ut non solum dolum, sed etiam culpam & custodiam præstet, non tamen casus fortuitos. Sed pleraque ex his speciali conventioni deberi, apparet.

Cæterum venit in hanc actionem regulariter dolus dumtaxat *l. 1. §. ult. h. t.* sive præteritus, sive futurus post litem contestatam *d. l. 1. §. 20.* exemplum §. 21. De culpa videamus. hæc non venit, nisi lata. quo sensu? Celsus *l. 32. D. h. t.* sic scribit. *Quod Nervæ diceret, latiore culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur. nam & si quis non ad eum modum quem hominum natura desiderat, diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito præstat, fraude non caret. nec enim salva fide, minorem ius, quam suis rebus diligentiam præstabit.* Locus hic, ut est impeditus, ita aliqua cum cura attingi dignus. Celsus duas proponit sententias: unam Nervæ, alteram Proculi. prior culpam latam dolum esse confirmat; altera negat. deinde priorem verissimam esse, Celsus ait, nec idcirco posteriorem damnat: usitata Veteribus disputandi ratione: quam observavi *lib. sing. De forma emend. dol. mal. c. 2.* Ex hoc igitur more sit secundum Celsum vera utriusque & Nervæ & Proculi sententia. sed primum attingam Proculum: arbitratus, eum vero admoveri: culpa lata intra verborum proprietatem subsistente. itane? ne dubita, sic a dolo distingui. nam dolus est, calliditas, fallacia, machinatio, a voluntate & consilio nocendi protecta. eoque sceleris propositum habens. culpa lata e diverso est nimia negligentia, id est, nescire quod omnes homines sciunt. ita vero non ad astutiam ac calliditatem, sed ad ignorantiam & vacordiam, accedit: & est errore noxia, non proposito sceleris. quin potest esse viri boni & probi, etsi stulti ac simplicis: cum dolus semper sit hominis improbi ac flagitiosi; licet callidi atque astuti. Habes Proculi sententiam: ac secundum hanc, meo iudicio, de depositario in hunc modum scribit Justinianus: *Is ex eo solo tenetur, si quid dolo commiserit. culpa autem nomine, id est, desidie ac negligentie non tenetur. itaque securus est, qui parum diligenter custoditam rem furto amiserit: quia qui negligenti amico rem custodiendam tradit, non ei, sed sua facilitati id imputare debet §. 3. Inst. Quib. mod. re contr. oblig.* Satis de Proculo. venio ad Nervæ. is non minus vere dixit, culpā latam esse dolum: æstimata videlicet culpa

culpa lata non vi & potestate naturali ; sed juris præsumptione. vix enim potest lata culpa , id est, supina & crassa ignorantia , qualis est, nescire quod omnes homines sciunt , videri sincera ? magis debet credi quæ sita & affectata dissimulandi sceleris & doli gratia : natura passim homines non faciente stultos : sed quales eos esse oportet. Hoc igitur sensu Celsus verissimam esse prædicat Nervæ sententiam : quæ alioquin Proculo ad veritatem exacta , non male displicebat. Sed vere Celsus , animadverso , homines a natura non nasci stultos , sed rebus aptos, alios plus, alios minus : existimavit, culpā latam depositarii, futuram deponenti noxiam, in actione depositi non pro errore , sed pro dolo , habendam esse : donec Judici liqueat, esse peccatum simplicitate vera & naturali. tum enim præsumptionem veritati manifestæ & claræ cedere oportere. id contingere ait Celsus, si depositarius dicatur pari simplicitate stultitiæque in re sua , inque re deposita , esse versatus. quod si ponatur quidem non ad eum modum quem hominum natura desiderat , diligens ; sed interim in re deposita minorem præstare curam , quam in re propria : non sine ratione putat Celsus , jam fraudi prætextam videri culpam latam , & detracta illa larva , meram fraudem futuram : cum præsertim scire & potuerit & debuerit , salva fide non oportere eum minorem rebus depositis, quam suis, diligentiam præstare.

Ut concludamus hanc partem : dicamus, in hanc actionem solum venire dolum , atque æstimandum non a Judice ex rei veritate ; sed ab actore ejus iurejurando in litem l. 1. §. 26. D. h. t. in infinitum : sic enim convenire actioni bonæ fidei, dixi supra lib. 12. tit. 3. De in litem iurando.

Ab eadem causâ ait Ulpianus d. l. 1. §. 24. & fructus venire in hanc actionem , & omnem causam, & partum , ne nuda res veniat. De usuris videamus. pone : pecunia deposita fuit , non ut in specie eadem , sed ut tantundem, reddatur , & sic aut pacto promissæ sunt , aut admissa mora est. is casus proponitur & definitur a Papiniano l. 24. §. 1. D. h. t. sed jam ad has scripsi lib. sing. Ad Edict. De pact. c. 19.

Explicito , quid Prætor velit observari in vulgari deposito : (id est, ut Edictum sonat , *Quod neque tumultus , neque incendii, neque ruina, neque naufragii, causa depositum sit*) restat depositum miserabile : ad quod sequentia spectant verba : *Earum autem rerum quæ supra comprehense sunt, in ipsum in duplum iudicium dabo.* Ita supra restitui : & horum verborum, *Earum autem rerum*, hunc esse dixi sensum, Quod attinet ad eas res ; vel in iis rebus. sic vero apparet, Prætorem, adversus depositarium, si inficietur depositum tumultus, incendii, ruinæ, aut

naufragii causa , actionem dare in duplum : optima ratione, quam in antecessum dedi ex l. 1. §. 2. & 4. h. t. Nec omittendum , quod porro ait Ulpianus d. l. 1. §. 3. cum deponere tumultus, incendii, vel cæterarum causarum gratia intelligendum esse qui nullam aliam causam deponendi habet, quam imminens ex causis supra scriptis periculum. Tumultus autem quis dicatur apud veteres, more suo , erudite exponit Budæus *Annot. in Pandect. p. 258.*

Deinde ait Prætor, *In heredem ejus quod dolo malo ejus factum esse dicetur, qui mortuus sit, in simplum : quod ipse in duplum iudicium dabo.* Prætor actionem depositi miserabilis adversus heredem depositarii propter defuncti dolum , etsi ad eum nihil pervenerit, promittit in simplum pro hereditaria portione, & intra annum, ut videtur, quia originem trahit non ex delicto, sed ex contractu. quod si ipse dolum admiserit, & in solidum, & in duplum, & in perpetuum.

Tantum de directa depositi actione, deponenti adversus depositarium dari solita. Reliqua est contraria, quæ contra, id est, vicissim depositario adversus deponentem datur interpretatione bonæ fidei ; non finientis, depositarium a Prætoris negligi ; cum providet deponenti. Meminit Ulpianus l. 5. D. h. t. *Ei, inquit, apud quem depositum esse dicetur, contrarium iudicium depositi datur.* & optime addit : *In quo iudicio merito in litem non iuratur : non enim de fide rupta agitur, sed de indemnitate ejus qui depositum suscepit.* Res certa. tantum sine addi, illam indemnitate tam per exceptionem peti, si actione directa agatur, quam ultro per actionem contrariam, si non agatur directa seu principali : uti quoque observatur l. 17. §. 1. & l. 18. §. 4. D. Commodat. Exemplum petitiæ indemnitate jure exceptionis apud Modestinum l. 23. D. h. t. est tale : *Actione depositi conventus, servo constituto cibariorum nomine, apud eundem iudicem experitur.* Modestinus ostendit, depositarium a deponente directa depositi actione conventum ad restitutionem depositi, posse impensas cibariorum utiliter, sive jure & cum effectu apud eundem iudicem, sive in eodem iudicio, repetere. At hoc commodatario, cum convenitur actione directa commodati, non licere actione contraria. Hanc differentiam lib. 2. Differentiarum ex quo est d. l. 23. notatam a Modestino fuisse, intelligitur ex *Collatione Leg. Mosaic. & Rom. tit. 10.* ubi sic extat locus integer : *Actione depositi conventus cibariorum nomine apud eundem iudicem utiliter experitur. at is cui res commodata (sic pro commendata emendat Pythæus) est, improbe cibariarum ex actionem intendit.* Desunt hic verba, *servo constituto* : quæ in d. l. 23. sunt adjecta nullo plane sensu : quidquid pro his adferatur a Pythæo in Notis, & a Pancirollo lib. 2. *Thesaur. Var. lect. c. 39.*

LIBER DECIMUSSEPTIMUS.

TITULUS I.

Mandati vel contra.



Ab obligationibus quæ re contrahuntur, fit hic transitus ad hos quæ consensu fiunt. quales sunt mandatum, locietas, emptio venditio, locatio conductio. ideo autem dicitur istis modis consensu contrahi obligatio, quia in his neque verborum, neque scripturæ ulla proprietas, id est, ulla propria formula, desideratur : sed sufficit, eos qui negotia gerunt, consentire, sive præsentibus, sive absen-

tes per nuncium, vel per epistolam l. 2. D. de oblig. & act. jure gentium quo solo reguntur, nullam solemnitatem desiderante. Est vero mandatum (inde enim incipiam) contractus juris gentium, bonæ fidei, consensu constans, de negotio mandatoris periculo, gratis gerendo. De hoc mandato Prætor sic edixit. *Quod quis mandasse dicetur, de eo iudicium dabo.* Æquitas Edicti manifesta est. nam in quibus rebus ipsi superesse non possumus, in his ait Cicero, *Pro S. Roscio Amerino*, vicariam amicorum fidem supponi. & addit,

idcirco amicitias comparari, ut commune commodum mutuis officiis gubernetur. non autē facilius aut diligentius hoc fit, quam cum agitur; ne quis propter fidem suscepti negotii damnum referat pro gratia; neve is officio simulato commodis alterius officiat & obstat. Sed enim Veteres mandatum primum officio atque amicitia aestimantur *l. 1. §. 4. h. t.* nulla hoc nomine constituta actione jure civili. verum cum fidem plurimum colerent, & ut alias corporis partes aliis dicarent numinibus, sic dextram fidei sacram facerent, (quod a Servio notatum ad Virgilii *lib. 3. Aeneid. vers. 607.*) hac promissa alligasse fidem datæ susceptæque operæ, meminit Isidorus *lib. 4. Origin. c. 24.* Mandatum, inquiens, dictum, quod olim in commissio negotio alter alteri manum dabat. alludit certe huc Plautus, *Captiv. act. 2. sc. 3. vers. 82. & seq.* Hoc initium fuit. post usus invenit actionem pro communi bono. ita mandatum transiit in civile negotium, & ritus jungendarum manuum exolevit, quasi supervacuum; nomen mansit & res.

Utrumque erit; vult Prætor, ut locum habeat mandati actio, mandatum esse: alioquin cessare mandati actionem *l. 20. §. 1. h. t.* putat autem, mandari futurum negotium; id est, gerendum: si gestum sit, frustra mandari *l. 12. §. 14. h. t.* Illud parvi refert Prætoris, quomodo mandetur. nullam enim desiderat solemnitatem: solo contentus consensu mandatoris & mandatarii de mandatoris negotio ejus periculo gratis gerendo. eo sensu Paulus *l. 1. h. t.* Obligatio, inquit, mandati consensu contrahentium consistit. & ideo tam absentes, quam præsentis, possunt mandatum contrahere. absentes per nuncium, vel per epistolam *d. l. 1. §. 1.* præsentis & tacite, & palam. tacite rebus & factis: ut, si patiar, aliquem pro me intervenire: aut si patiar, mandari, ut mihi credatur. est enim patientia non prohibentis quod videt pro se fieri, pro consensu, & ad ejus probationem sufficit. *l. 6. §. 2. l. 18. l. 53. h. t.* palam fit mandatum verbis quibuscumque precariis. ea enim conveniunt naturæ rei ex officio atque amicitia proficiscentis. tantum oportet esse idonea ad explicandum mandantis consensum. talia esse, ait Paulus *d. l. 1. §. 2.* rogo, volo, etiam mando. nam vel hoc precarium verbum est. sane apud Virgilium *lib. 6. Aeneid. vers. 116.* est, *Orans mandata dabat.* idem esse ait Paulus *d. §. 2.* si alio quocumque verbo scripserit quis. Quid, si usus sit commendandi verbo: talem amico scribens epistolam: Rogo te commendatum habeas Sextilium Crescentem amicum meum. Ulpianus *l. 12. §. 12. h. t.* non obligabitur, inquit, mandati: quia commendandi magis hominis, quam mandandi, causa scripta est. Quod probo: est enim aliud, mandare; aliud, commendare. mandare est, committere negotium suo periculo gerendum: ut in *d. l. 12. §. 13. & 14.* commendare est, laudare & gratiorem facere testimonio de personæ vita aut conditione. ita ex mandato nascitur obligatio & actio ad restitutionem crediti. ex commendato talis obligatio non est: tantum pudor oneratur temeraria laudatione, secundum hoc Horatii, *lib. 1. Epist. 18. vers. 76.*

Qualem commendes, etiam atque etiam adspice, ne mox

Incuriant aliena tibi peccata pudorem.

At quemadmodum commendatum, ita consilium, a mandato differt. nam & consilii proprium esse, ne obligatorium sit, Ulpianus definit, atque ad hoc Edictum, *l. 47. D. de reg. jur.* nec moror Inscriptionem. est enim virtiosa, & sic restituenda: *Ulpianus lib. 31. Ad Edictum:* monstrante §. 1. ejus loci, juncta *l. 21. D. Pro socio:* quod bene observavit Labittus, *Usu Indictis primo p. 613.* & seq. Ceterum, cur nulla sit consilii obligatio, a Gajo hæc proditur ratio: quia liberum est cuique apud se explorare, an expediat sibi consilium *l. 2. §. ult. h. t.* & sane ita est: qui amico consulit, ei nil promittit, præter fidem & amicalem affectionem: tantum vult eum, si patiat, consilio monere & regere. si non audiat, invitum cogere, ut

faciat quod nolit, neque vult, neque potest *l. 10. §. 7. h. t.* igitur cui datur consilium; is si damnosum sibi arbitretur & sequatur, imputet sibi, cum posset negligere: sin utile putet, & res aliter cadat; consulentis neque culpa est, neque obligatio: quia neque hic periculum in se suscepit; & nile sequutus hujus consilium, suo judicio stetit. sed certum est, consilii non fraudolenti, nullam esse obligationem; etiam si non expediat ei cui dabatur §. 6. *Inst. & d. l. 2. §. ult. D. h. t.* Id omnes concedunt tum, si tibi generaliter suadeam, ut pecunias tuas potius colles in emptiones prædiorum, quam fœneres, vel ex diverso. Sed fingamus, me tibi nominatim consuluisse, ut Titio crederes, nec aliter te facturum fuisse; nisi tibi hortator suasorque extitissem: quid dicemus? mandatum esse? ne putem, suadet Ulpianus *l. 2. D. de proxenetis.* in qua proponitur proxeneta qui est pararius, seu conciliator perficiendis negotiis. solet is in emptionibus venditionibus, aliisque contractibus licitis utilem se non improbabili more exhibere *l. ult. D. eod. tit.* solet aliter non contracturos sua persuasione movere, ut credant ac nomina faciant: ut ostendit Seneca, *Epist. 119.* Hic igitur proxeneta si intercedit faciendi nominis; (id est, faciendi nominis causa: quod loquendi genus multis probat Augustinus *lib. 2. Emend. c. 1.*) & partes ad contrahendum persuasione sua induxit: negat Ulpianus, eum teneri: & addit causam, quia magis monstrat nomen, quam mandat, tametsi laudet: id est, quia non est hoc animo, ut mandet, & periculum recipiat, sed solum, ut monstrat, quale sit, tametsi laudet, vel, ut Seneca ait, jactet nomen. Qui igitur consilium dat etiam aliter non contracturo cum Titio, verbi gratia, eum negat Ulpianus mandari teneri: quia non mandat, sed suadet. longe autem aliud est mandare, aliud suadere & monstrare arg. *l. 1. §. 14. D. Deposit.* Hoc: si gratis interveniat proxeneta. imo idem dicit Ulpianus *d. l. 2.* si aliquid acceperit philanthropiæ nomine. philanthropia (ut ostendi *lib. 1. Probabil. c. 7.*) est humanitas & dexteritas seu benevolentia adversus omnes homines promiscua. absque hac remuneratione esset consilium proxenetae, non foret mandatum, deficiente consensu; igitur nec ea interveniente mandatum fiet: quia honos remunerandi causa habetur; non ut res sit periculo proxenetae, nec quasi argumentum contracti mandati. Hoc; si quis usus sit suadendi aut consulendi verbi. Quid, si dixerit, mando? nec sic erit mandatum: si tibi mandet tua tantum gratia. nam supervacuum est ea in specie mandatum; resque perinde accipitur, quasi consilium sit, & ob id obligatorium non sit *pr. Inst. & l. 2. pr. & §. ult. D. h. t.* quam ob rem? quia cum tua interest, mea non interest, res tui arbitrii est, non mei. ego sane cur cogam te, in te tua facere quod nolis, neque causam habeo, neque facultatem. sed & si rem tuam gesseris, & damnum passus fueris; nihil est quod meam accuses imprudentiam; cum egeris tuam causam tuo jure, & potueris ipse per te explorare, quid ex usu tuo esset. Sic, si palam non receperim periculum. idem, si receperim, auctore Celso *l. 48. §. ult. D. h. t.* ait enim, si ut tibi negotium geras, mandem tibi, & ut cuivis credas, tu recipias usuras, periculum ad me pertineat, extra mandati formam esse: quemadmodum si mandem, ut tibi quemvis fundum emas, tibi, inquam: sic enim edit Haloander, & sensus postulat; etsi Florentiæ legatur, *mibi.* At Ulpianus obstat *l. 6. §. 5. h. t.* Verum videamus; ne conjugenda sit species *d. §. 5.* cum ea quæ præcedit §. 4: in quo dixerat Ulpianus, *Si tibi mandavero, quod mea non intererat.* Ita Florentiæ legitur: & est sensus, Si tibi mandavero tantum aliena gratia, non etiam mea, neque tua; veluti, ut pro Sejo intervenias, vel ut Titio credas: esse mihi tecum mandati actionem, & me invicem tibi obligatum fore. Is sensus Florentinæ scripturæ: neque improbo, cum constet, mandatum aliena causa valere *l. 2. D. h. t.*

Malim tamen, nisi te offenderet disunctio voculae, *Non, legere, si tibi mandavero*; quia vocula, *non*, abest a multis manuscriptis libris; si quæ Accursio fides id testanti in Glossa. Etiam convenit ea emendatio speciei *d. l. 48. §. 1. h. t.* quæ est ex Celsi libro 7. Digestorum quem allegat Ulpianus *d. §. 4.* postremo exigit eam sive connexio, sive oppositio, trium specierum quas distinguere videntur Ulpianus in *d. §. 4. §. 5*: cum alioquin species *d. §. 4.* sit eadem speciei ultimæ *d. §. 5.* & bis referatur: quod non fuit Ulpiano negotium. igitur lego, expuncta negatione, *Si tibi mandavero quod mea intererat.* Sensus vero, Si tibi mandavero & mea & aliena gratia; veluti, ut pro Sejo intervenias, vel ut Titio credas, valere mandatum: & ideo mihi tecum fore mandati actionem, & me invicem tibi fore obligatum, quod verum est, & a Cello probatur *d. l. 48. §. 1*: quem, ut dixi, laudat Ulpianus *d. §. 4.* Deinde ait Iuriconsultus *§. 5.* *Plane si tibi mandavero quod tua intererat, nulla erit mandati actio.* Verissime: nam supervacuum est mandatum tua tantum gratia interpositum: quia mea non interest: tantum tua interest. Quid, si mea quoque interest? jam, ex Ulpiani sententia, valet mandatum: quia est & tua & mea gratia. Sequitur, *Aut si non esses factururus, nisi ego mandassem, etsi mea non interfuit, tamen erit mandati actio.* Ita Florentiæ edit Taurellius. Tu pro, *aut si*, scribe, *at si*. sic suadent manuscripti libri: ut testantur Russardi & Charondæ marginales Notæ, etiam Codex Haloandrinus: & sensus, At si mandavi tibi neque mea gratia, neque tua, sed aliena; & ideo non fuisses factururus, nisi tibi mandassem; competituram tibi adversus me mandati actionem, etsi mea non interfuit. Hoc mihi videtur, & indicari a Justiniano *§. 6. Inst. h. t.* Hæc cur tam varie? in primis cum aliena causa interposito mandato non magis mea interfuit, quam cum mandatum est tua causa. Sed refert, quod te in tua causa & diligentem & curiosum esse oportet, in aliena non item: (quod præter Terentium, *Heautontim. 1. 1. vers. 23*, etiam notat Paulus *l. 19. D. de novat.*) & ideo in altero casu, si aliter cadat res, neque inquisivisti diligenter & curiose in rem mandatam, tua culpa est, in altero non est. Hæc fere olim tradidi *lib. 4. Probabilium c. ult.* nunc addam, oportere consilium, ne obligatorium sit, bona fide datum esse: cæterum, si dolus & caliditas intervenit, etsi non sit mandatum, nec obtineat mandati actio, tamen locum habere de dolo actionem *l. 47. D. de reg. juris. l. 2. D. de proxenetic.* Nimirum erat consulenti integrum, amico dare aut non dare consilium: sed cum voluit dare, eum decipere, specie amicalis consilii, non debuit.

Ut absolvam cætera ad contrahendum mandatum pertinentia, apparet, eo verbo indigitari mandantis & mandatarii consensum de futuro negotio gratis gerendo. & est causa: quod (ut Cicero *Pro S. Roscio Amerino* observat) non facile mandat quicumquam alteri, nisi amico. Paulus *l. 1. §. 4. h. t.* ait, mandatum originem trahere ex officio atque amicitia. Esse autem officio proprium, mercedem respuere, docet Seneca, *lib. 3. De benefic. c. 18.* nam esse filii, uxoris, earumve personarum quas necessitudo suscitatur, & ferre opem jubet: nec distingui a beneficio; nisi quod alterum potest sine reprehensione omitti, alterum non potest. Sic Seneca. Etiam Fronto, utique ut ille officium finit necessitudine: ita hic ait, necessitudinem esse vel sanguinis vel meritorum cum præceptoribus vel amicis. Aelius quoque Gallus, apud Festum vocat necessarios qui aut cognati aut affines, & in quos necessaria officia conferuntur præter cæteros. Igitur si mandatum ab officio atque amicitia procedit: sequitur, eum qui mandatum suscipit, ad gerenda negotia natura, non spe mercedis, suscitari. in locatione aliud est. non enim ut mandatum, ita locatio, inter amicos suscipitur, movente officio: sed cum amici desunt; locatio inter cæteros sine necessitudine jure gentium contrahitur: & ideo

cur hic alter alteri operam gratis donet, causa non est. contra ut eam impendat, mercede invitatur. ita quibus casibus officio sine mercede suscepto, mandatum est, iis casibus, interveniente mercede certa & pecuniaria, locatio & conductio intelligitur contrahi *d. l. 1. §. ult. D. §. ult. Inst. h. t.* quod si incerta merces sit, aut alia quam pecuniaria; nec mandatum, nec locatio est; sed novum negotium ex quo in factum iudicium dabitur *l. 22. D. de præscr. verb.* Plane, si remunerandi causa honor (id est, honorarium, sive salarium) intervenit: ait Ulpianus *l. 6. h. t.* esse mandati actionem: id est, ob honorarium non desinere esse mandatum: eoque cætera quæ veniunt in mandati actionem, in eam venire propterea non desinere. Nempe honor differt a mercede. honos beneficio habetur, & his quæ beneficii vicem obtinent. itaque non recipit æstimationem, non magis, quam beneficium. merces solvitur pro operis quæ beneficiis non comparantur, & ideo admittit æstimationem, sicut operæ. clare Ulpianus *l. 1. D. Si mensor. fals. mod. dix.* nec minus Ovidius *lib. 1. Amor. Eleg. 10.*

Omnia conductor solvit, mercede soluta,

Non manet officio debetur ille tuo.

Est & hæc differentia: quod ut beneficium, sic honorarium, ex liberalitate proficiscitur ultro. Seneca, *lib. 1. Controvers. 9.* *Quidquid*, inquit, *aut præmi aut honoris nomine datur, in utramque partem sumi licet: alioquin desinit premium esse cui necessitas jungitur.* Contra merces in conventionem initio deducitur. sic habet necessitatem; ac si pro opera intervenit, locatio conductio est. honor ubi habetur remunerandi causa, mandatum est. nec distinguo, utrum re gesta offeratur, an ab initio constitutur unius pollicitatione: ut in *l. ult. §. 1. D. de oblig. §. act.* pactione sane ab initio non promittitur salvo nomine. postea promitti, nil prohibet: quia ex initio distinguuntur negotia. Imo salarium quibusdam pactione etiam ab initio constituitur: ut Professoribus liberalium artium. his datum, ut id ex pacto petant apud Prætorem extra ordinem; sicut etiam more petunt sine pacto *l. 1. D. de extraord. cognit.* Tantum usus valet. ac fit mihi probabile, causam privilegio dedisse hæc aut similia quæ pro honore professionis pulchrarum artium disseruit Seneca *lib. 6. De benefic. c. 14. 15. §. 16.* quæ hic describere, longum foret. In Advocaris variatum sæpe. modo Lex, modo mos, prævaluit. Lipsius docet, ad Tacitum *lib. xi. Annal. c. 5. 6. 7.* item Manutius, *De legib. Rom. p. 145. §. seq.* tandem Lex concessit moribus. Ulpianum vide *d. l. 1. §. 10.* addo Martialem *lib. 8. Epigr. 17.* & Plinium, *lib. 5. Epist. 4. 14. §. 21.* quare, si ab his quoque pactio fiat de salario intra licitum modum, adhuc honor aut salarium, non merces habetur: resque magis officio, quam locationi, comparatur. sic censeo, & subinvide de Advocato Seneca, *Act. 1. vers. 172. Hercul. furent.*

Hic clamosi rabiosa fori

Jurgia vendens improbus, iras

Et verba locat.

Dixi, quomodo contrahatur mandatum. Dicam, quomodo solvatur. primum finitur mutuo consensu; sicut eo contrahitur: est enim naturali juri conveniens, unumquodque eo dissolvi modo quo colligatur *l. 35. D. de regul. jur.* Illud quaeritur, an revocatione mandatoris solvatur, invito mandatario? prima facie non videtur: quia initio est quidem unicuique libera potestas habendi, vel non habendi, contractus; verum renunciare semel constitutæ obligationi, adversario non consentiente, nemo potest *l. 5. C. de oblig. §. act.* sed in proposito aliud jus est: quando mandatum est species beneficii: cujus hæc natura est: ut invito numquam obtrudatur: contra possit eo qui velit uti: qui nolit, non cogatur uti: nec, si cœperit uti, diutius quam velit, utatur. manet igitur mandatum, re adhuc integra, voluntarium: nec ideo contrahitur; ut a mandatario, invito mandatore, im-

pleatur : sed ut mandatarius mandatori ad implendum mandatum quod suscepit, obligetur. Atque dicet aliquis : etiam mandator mandatario obligatur ad restituendum quod ei abest. Bene mones : verum hoc fit non principaliter ; sed per consequentiam : id est , ne in damno moretur mandatarius , si quid, volente mandatore, bona fide implevit : non ut quid, invito mandatore, faciat. & certe quid interest mandatarii, quamdiu res integra est, a se impleri mandatum ; si id nolit mandator ? quin, si rem putamus ; magis utilis ei erit revocatio : qua liberatur a necessitate gratis implendi mandati. recte igitur placuit, mandatum posse a mandatore, quamdiu res integra est, revocari, etiam invito mandatario. §. 9. *Inst. h. t.*

Non minus solvitur mandatum renunciatione mandatarii : modo (quod observat Paulus *l. 22. §. xi. h. t.*) sit tempestiva : qualis est, si mandatori adhuc integra sit potestas eandem rem vel per se, vel per alium, explicandi. quod si ea non sit mandatori integra : intempestiva renunciatio appellatur. hæc vero si interveniat ; non agit bona fide mandatarius ; mandatorem, quod non oportet, specie amicitiae decipiens. erit igitur actioni mandati locus. illa si incidat, cessat mandati actio : quia nihil fit adversus bonam fidem ; nec interest mandatoris, qui æque potest per alium facere quod speraverat facere per mandatarium. Sed, ut dixi, speciale jus est mandati, proficiscentis ab officio : cujus hæc est conditio ; ut putetur natura æquum esse, tamdiu te mea uti liberalitate, quamdiu velim : & si mutem voluntatem, mihi jus esse mutandi *l. 2. l. 12. D. de precario* : tantum ne agam, ut sub prætextu beneficii atque amicitiae noceam tibi *l. 17. §. 3. D. Commodati*. Plane si iusta incidat causa aut non renunciandi mandato, aut ei intempestive renunciandi : adhuc audiendum esse qui eam alleget, Justinianus censet §. 11. *Inst. h. t.* & Gajus *l. 27. §. 2. h. t.* Tales causæ Hermogeniano & Paulo *l. 22. 23. 24. §. 25. h. t.* sunt ; si valetudinis adversæ, vel capitalium inimicitarum, seu ob inanes rei actiones, seu ob aliam justam causam, excusationes alleget. Pauli locus *lib. 2. Sentent. tit. 15.* hac editur forma. *Ob subitam valetudinem, ob necessariam peregrinationem, ob inimicitiam, & inanes rei actiones integra adhuc causa, mandati negotio renunciari potest.* Sed legendum : *& inanes rei actiones, aut integra adhuc causa.* Cæterum æquitas quæ in his est causis, minime negligenda est. imo est digna ex professo illustrari : fecitque id pulcherrime Seneca *lib. 4. De benefic. c. 33. & sequentibus.* Adscripsissem locum, nisi prolixior esset. tu ipsum vide : & puto, placebit.

Præterea finitur mandatum morte mandatarii. nec tamen dissimulandum, esse hic aliud stricto jure, id est, regula juris, aliud adversus eam publica utilitate receptum. sed hoc a Justiniano traditum §. 10. *Inst. h. t.* nec habet interpretatione opus. Non minus tollitur mandatum morte mandatoris : si simpliciter sit contractum. quid, si nominatim sit conceptum post mortem mandatoris ? hic hærent Doctissimi Viri. mihi quid videatur tradidi *lib. 2. Observ. c. 1. & seqq.* nec ago actum.

Nunc de actione tractemus. ait Prætor, *De eo judicium dabo.* Est igitur mandatum civile negotium : ex quo nascitur actio mandati duplex : directa & contraria ; monstrante Rubrica, *Mandati vel contra.* utraque bonæ fidei, ex natura contractus ab utroque latere obligatorii. ita utraque petitur quod alterum alteri ex bono & æquo præstare oportet §. ult. *Inst. de oblig. ex consensu.* Ulpianus §. 4. *l. 29. h. t.* ait, in hoc contractu agi de fide bona : cui non congruit de apicibus juris disputare. id vero quid designet, exponit Radulphus Fornerius *V. Cl. lib. 4. Rer. quotid. c. 19.* Prior mandati actio est directa : eaque in Rubrica mandati per excellentiam vocatur : quia mandator hac a mandatario petit quod in mandatum principaliter deducitur. id quale ? ut a mandatario officium

quod suscepit, impleatur. hanc enim mandati obligationem esse, supra docui. quid, si cesset, id implere, aut nolit ? jam cogetur. quo modo ? præstatione ejus quod interest mandatoris, impletum esse mandatum *l. 27. §. 2. h. t. l. 28. D. de negot. gest.* ut in omnibus faciendi obligationibus observari, Celsus ait *l. 13. §. 1. D. de re judic.* summa igitur hæc est : (auctore Ulpiano *l. 8. §. 6. h. t.*) ut mandati actio tunc competat, cum coepit interesse ejus qui mandavit. cæterum, si nihil interest, cesset mandati actio : & eatenus competat, quatenus interest. exemplum tale : Mandavi tibi, ut fundum emereres : si intererat mea emi, teneberis. quod si eundem fundum ego ipse emi, vel alius mihi, neque interest aliquid, cessat mandati actio. Est & alterum exemplum : Mandavi, ut negotia gereres : si nihil deperierit, quamvis nemo gesserit ; aut si alius idonee gesserit, cessat actio. Sic Ulpianus ; & addit, in similibus idem fore probandum. Habes unam actionis directæ causam. Quæ altera ? ut mandatarius quidquid occasione mandati perceperit, mandatori restituat. nam vel hoc esse bonæ fidei consequens, quis non videt ? ita tenetur procurator, si fundum ex mandato emerit, præter fundum, fructus quoque quos consecutus est, officio Judicis præstare *l. 10. §. 2. h. t.* ut tamen dominus tum reputationes patiat *d. l. 10. §. 9.* Sed, ut hoc agam, Paulus *l. 20. h. t.* Ex mandato, inquit, apud eum qui mandatum suscepit, nihil remanere oportet. Id vero sic accipiendum : ut non modo oporteat eum quod ex mandato accepit, restituere, sed etiam, si quid sine mandato, vel contra mandatum, accepit, quali quali mandati occasione. Gajum audi *l. 46. §. 4. D. de procuratorib.* verba Gaji. Procurator, ut in cæteris negotiis gerendis, ita & in liti- bus ex bona fide rationem reddere debet. itaque quod ex lite consecutus erit, si principaliter, ipsius rei nomine, si extrinsecus ob eam rem ; debet mandati judicio restituere : usque adeo, ut & si per errorem aut per injuriam Judicis non debitum consecutus fuerit ; id quoque reddere debeat. Simili modo Ulpianus *l. 10. §. 8. h. t.* ait, Si mandavero procuratori meo, ut Titio pecuniam meam credat sine usuris, isque non sine usuris crediderit ; quæri, an etiam usuras mihi restituere debeat. & Labeonem scribere, restituere eum oportere, etiam si mandaverim, ut gratuitam pecuniam daret : quia, ut mea fert opinio, bonæ fidei congruit, ne de alieno lucrum sentiat. sic idem Ulpianus *d. l. 10. §. 3 :* qui locus est luxatus, transpositis quibusdam verbis : quæ restitui *lib. 2. De faenor. & usur. c. 5.* Illud quale, quod in *d. §. 8. l. 10.* notat Ulpianus, procuratorem, si periculo suo domini pecuniam credidisset sine mandato ; ex sententia Labeonis cessare in usuris actionem mandati ? Hic locus est difficillimus : sed videor mihi, eum feliciter explicuisse *lib. 1. dicti operis c. 8.* Occurrit hic & illa quæstio, si procuratorem dederò, isque mihi non reddat instrumenta causæ : an teneatur mandati actione ? & putat Labeo : etsi aliis videretur, magis competere depositi actionem, quasi data sint custodienda. sed hæc sententia Labeoni displicet : merito ; quia principalis fuit mandati causa, utique ab initio : & quamvis in hanc incidit custodia, intuendum tamen est initium. quo data procuratori sunt instrumenta : ut haberet quibus causam meam tueretur. verius igitur est, quod Labeoni sedit, ea venire in actionem mandati *l. 8. h. t.* Utcumque erit : tenetur mandatarius actione mandati restituere corpora, si quæ acceperit. Nec minus actiones, quas mandatu meo contrahendo adquisiverit *l. 45. pr. & §. 5.* dicitur autem restituere actiones ; cum eas mandatori cedit *l. 43. h. t. add. l. 10. §. 6.*

Sed apparet, in actionem mandati directam venire omne quod mandatarium mandatori præstare oportet ex fide bona. restat, quid juris sit : si quid ab eo commissum omissumve mandatori noceat. & puto, si accusetur mandatarii dolus, eum teneri eo nomine. est enim dolus contrarius bonæ fidei, quam hæc actio desi-

desiderat. idem dicendum de culpa lata : quia pro dolo habetur. at Veteres , ne quid de levi culpa dicam , etiam levissimam præstare eum voluerunt *l. 13. § 21. C. h. t.* possitque hoc alicui videri durum : existimanti , in mandato , quia est gratuitum , & maxime spectat ad utilitatem mandatoris , perinde ut in deposito , tantum præstandum esse dolum & latam culpam. Sed interest inter utrumque contractum : nam mandatum continet negotiorum gestionem , nec est contentum fide , sed præterea opus habet industria & peritia negotio consentanea. hanc mandator spectat , & a mandatario exigit jure quodam amicitiae : nec minus proficitur eam mandatarius , amici negotium gratis gerendum suscipiens ; cum ad eum nihil pertineret. consequens igitur fuit ; ut ad hanc quasi tacito quodam pacto adstringatur. in deposito aliter se res habet : quia in eo nihil versatur , præter custodiam ad quam fides sufficit. placet igitur , depositarium non ulterius , quam de dolo & lata culpa teneri. mandatarium vero de dolo & omni culpa etiam levissima. idque & Ulpianus voluit *l. 23. D. de reg. jur.* si pro , *in his quidem* (quod jam ab aliis observatum) ibi legatur , *in his quidam* : ut sensus sit : quod quidam ex contractibus ibi nominatis , in quibus mandatum , mandatū , negotiorum gestio , & comodatum , non tantum dolum & culpam , recipiunt , sed præterea etiam diligentiam. Nisi ipse manifeste resistit Ulpianus *l. 29. D. h. t.* arbitratus , mandatori actione mandati a mandatario præstari tantum dolum & dissolutam negligentiam , id est , culpam latam ; sicut in deposito dictum. Sed videamus , ne in *d. l. 29.* tractetur mandatum : in quo nulla sit mandatarii industria opus ; sicut nulla in deposito est opus industria depositarii ; eoque non magis hic , quam illic , nisi quid fiat dolo aut lata culpa , bona fides offendatur : & , ut utrimque eadem ratio est , ita idem utrimque jus esse debeat. Forte petes exemplum. accipe ab Ulpiano hoc : Fidejussor ex causa fidejussionis pro reo solvit pecuniam , tamquam ab eo debitam. non est numerata : an potest id quod solvit ab eo repetere ? quæstio est , quid a fidejussore ex causa mandati exigit bona fides : nam errorem intervenisse negari nequit. Et probo , quod Ulpianus ait , interesse ; utrum fidejussor sciens prætermiserit exceptionem doli , aut non numeratæ pecuniæ , an ignorans. nam si sciens eam prætermiserit , videtur dolo versatus , aut dissoluta negligentia quæ prope dolum est : & de dolo eum teneri conveniens est iudicio bonæ fidei , ex fide bona dari solito. quod si ignorans eam prætermisit : nihil est actum dolo malo ; nec est quod improbet bona fides. nam si quæ culpa sit omisæ circa exceptionem diligentiam , ea est principalis rei , sive debitoris qui de ea fidejussorem non admonuit ; sed non est fidejussoris : qui exceptione per ignorantiam uti non potuit , & ideo nec debuit : sicut se ad inquirendi diligentiam industriamve ullam hic nullo modo obligavit. Pari ratione & si debitori competebat exceptio , forte pacti conventi vel cujus alterius rei , & ignatus fidejussor hanc non exercebat ; dici oportet , ei mandati actionem competere : non alia causa , quam quia ignoravit : nec ad industriam , sed tantum ad bonam fidem se obligavit. Similiter si fidejussores , ignotantes debitorem solvisse , vel etiam acceptilatione , sive pacto liberatum , ex substantia debitoris solverunt , eos mandati non teneri , Ulpianus opinatur *l. 8. §. 7. h. t.* idemque ait §. 8 , & ad actionem fidejussoris pertinere , ex Rescripto Divorum Fratrum , si injuste damnati omiserunt auxilium provocationis. nam si ignoraverunt , excusatam ignorantiam esse. si sciverunt , incubuisse illis necessitatem provocandi. cæterum dolo versatos esse , si non provocaverunt. nisi si paupertas eis non permisit appellare : nam tum excusatam esse eorum inopiam sumptibus imparem. Idemque esse , si debitorem testato convenerunt ; ut , si ipse putaret , appellaret : nam tum quoque rationem eis constare , existimat. Hisce exceptis ait *d. l. 8. §. ult.* Ulpianus , si qui scien-

tes non appellaverint , etsi in mandati iudicio , quoties industria non est opus , supervacuo quidem disputari de eorum levi aut levissima aliqua culpa : necessario tamen eos dolum & culpam latam præstare. eoque in *l. 10. h. t.* omnibus superioribus pulchre aptari hoc Ulpiani : *Nihil enim amplius , quam bonam fidem præstare eum oportet qui procurat.*

Urit tamen me summopere difficultas in *l. 8. §. ult.* nata ex posito mandato de emendo servo : quando ait Ulpianus , mandatarium solum teneri , si dolo emere aut lata culpa neglexit. Et in *d. l. 10.* mox subicit , idemque & in fundo , si fundum emit procurator. Tum mox sic causatur , Nihil enim amplius , quam bonam fidem præstare eum oportet , qui procurat. Nam cur in mandato illo de emendo ab Ulpiano necessaria non putatur industria ; & contra videtur sola sufficere bona fides , dolo malo opposita ? Non habeo , quod respondeam : nisi liceat per te mihi in *d. §. ult.* fingere mandatum de emendo servo certo , Stichus , verbi gratia , atque etiam certo pretio : aut de emendo nominatim fundo Corneliano certo similiter pretio. eo enim in casu vix opus industria : tantum sufficit bona fides. Mihi hoc incidit : quam recte cogitent Eruditiores. simul , quod etiam tutor qui actione tutelæ regulariter tenetur de dolo , culpa lata , & levi , comparaturus pupillo prædia legis necessitate , hac in parte tantum de dolo & culpa lata tenetur , teste Ulpiano *l. 7. §. 2. D. de admin. tutor.*

A directo mandati iudicio transeo ad contrarium. Eo experiuntur qui mandatum susceperunt *l. 12. §. 7. D. h. t.* adversus mandatorem ; ut recipiant quod eis abest. Exemplum accipe ab Ulpiano *l. 12. §. 9.* ait : Si mihi mandaveris , ut rem tibi aliquam emam , egoque emero meo pretio , habebis mandati actionem de pretio recuperando : sed & si tuo pretio emeris , impendero tamen aliquid bona fide ad empriorem rei , erit contraria actio ; aut si rem emptam nolis recipere. Sed generaliter debent impendia , bona fide facta mandati exequendi gratia , hac actione restitui : nec ad rem pertinet , si mandator ipse negotium gerens , potuisset minus impendere *l. 27. §. 4.* Esto ; si negotio effectum dedit procurator. sed quid , si finem adhibere non potuit idem puto *l. 56. §. ult. h. t.* an enim periculū domino præstet , gratis interveniens ? non hoc bona fides , vel officium pariat. repetet igitur impensas sine discrimine : modo alienum gesserit negotium , atque alterius causa *l. 16. D. h. t.* imo Paulus *l. 22. §. 2. eod.* interdum , inquit , evenit : ut meum negotium geram , & tamen utilem habeam mandati actionem. ac tale ponit exemplum : veluti cum debitor meus debitorem suum mihi periculo suo delegat ; aut cum rogatu fidejussoris cum reo experior. & probo adjectam rationem : nam quamvis debitum meum persequar , nihilominus & illius negotium gero. igitur iustissime Paulus : quod minus servavero , consequar mandati actionem. Sed hic casus singularis. alias repetuntur demum impensæ , si a mandatario factæ in alieno negotio , & mandati exequendi gratia ei absint *d. §. 4. l. 27.* Quod si aliam habeant causam , quam exequendi mandati ; verius est , non venire in hanc actionem : quia ad mandatorem non pertinent. est talis casus , si procurator morbo aut latrocinio , aut naufragio damnum acceperit *l. 26. §. 6. D. h. t.* item , si poenam ex suo delicto præstitit *l. 46. §. 5. D. de procuratorib.* Veniunt igitur in hanc actionem impensæ. addo : etiam usuræ ex mora officio Judicis. at quæ ? plene Ulpianus *l. 12. §. 9. D. h. t.* ubi vide.

Præter superiorem causam contrariæ actionis est & sequens : si mandatarius qualicumque mandatoris culpa atque imprudentia damnum sit propter mandatum passus. fac : Titius mandavit , sibi emi servum certum. is servus furto nocuit mandatario. an potest mandatarius repetere damnum furto servi sibi datum ? hanc quæstionem tractat Paulus *l. 26. §. 7. h. t.* uberius Africanus *l. 61. §. 5. D. de furtis.* Ait autem , procuratorem iustissime allegare , non fuisse se id

se id damnum passurum, non suscepto mandato. addit, multo æquius videri, officium suum nemini damnosum esse, ejus præsertim cum quo contraxit, non sui commodi causa, susceptum: potius ipsi mandatori culpam suam damnosam esse oportere. in proposito vero esse culpam mandatoris, qui mandaverit, sibi talem emi servum, in ejusque conditionem ante non inquisiverit.

Exposui casus quibus locum habeat contrarium mandati judicium. addam paucos quibus cesset. Occurrit unus in *l. 40. D. h. t.* in qua Paulus, Si, inquit, pro te præsentem & verantem fidejusserim; nec mandati actio, nec negotiorum gestorum est. addit, fuisse qui existimarent, oportere adhuc utilem dari: sed negat, se his consentire: idemque Pomponio videri ait. atque hoc tandem etiam Justiniano placuit *l. ult. C. de negot. gest.* Alter casus est, si mandatarius sit egressus mandati fines: sunt enim hi custodiendi diligenter. videlicet, quia alioquin aliud quid agit mandatarius, quam eum facere voluit mandator, nec est rationis, hunc eo teneri nomine cujus periculum in se non suscepit *l. 5. D. h. t.* estque id procul dubio verum, si non interfuit mandatoris, sic fieri. & quid, si id sit? nil mutuo: quia non est mandatarii, judicare, quid sit mandatori utile: sed mandatoris, qui est rei suæ dominus, arbiter, & moderator solus. eoque nescio, an spectet Paulus *l. 3. d. t.* quid, si paratus sit mandatarius, mandatori id remittere in quo excessit mandati fines? De eo lis fuit inter Proculianos & Sabinianos: de qua Paulus *d. l. 3. §. 2.* & Gajus *l. 4. seq.* Cujacius *lib. 12. Observ. c. 34.* & Johannes a Costa ad *h. t. Inst.* Præterea docet Justinianus *§. 7. Inst. h. t.* non esse obligatorium mandatum quod est contra bonos mores: ac pro exemplo addit: veluti, si Titius tibi

mandat de furto, aut de damno faciendo, aut de injuria facienda. id vero placet ei in tantum; ut, licet poenam præstiteris istius facti nomine, nolit ullam te adversus Titium ob hoc habere actionem. Quod dixit Justinianus, probat Paulus *l. 22. §. 6. b. t.* sic scribens: *Qui adem sacram spoliandam, hominem vulnerandum, occidendum, mandatum suscipiat, nihil mandati judicio consequi potest.* Quam ob rem? ait, propter turpitudinem mandati. Optime: exacto mandato ad ejus naturam, ex officio atque amicitia pendentem. non enim nescire quem oportet, omnia humanitatis officia ad tuendam communis vitæ societatem referri: eoque semper agere, ut juventur humana bona; numquam, ut perdantur. Sed divine Cicero, in *Lalio, vel de Amicitia*, disputans de ratione amicitiae, *Hæc, inquit, prima lex sancitur, ut neque rogemus res turpeis, neque faciamus rogati.* Ex post. *Hæc igitur prima lex in amicitia sancitur, ut ab amicis honesta petamus, amicorum causa honesta faciamus.* Ab eodem fonte fluit hoc Ulpiani *l. 12. §. 11. D. h. t.* Si adolescens luxuriosus mandet tibi, ut pro meretrice fidejubeas, idque tu sciens mandatum susceperis, non habebis mandati actionem. Qua ratione? additur hæc præclara: *Quia simile est, quasi perdituro pecuniam sciens credideris.* Sic Ulpianus. Imo ulterius sic scribit: *Si directo mandaverit tibi, ut meretrici pecuniam credas, non obligabitur mandati: quasi adversus bonam fidem mandatum sit.* Pulcherrime Ulpianus: ac nescio, an respiciat ad optimum Senecæ locum: qui est *lib. 2. De benefic. c. 14.* potest certe ex hoc egregie illustrari: ut olim ostendi *lib. 3. Probabilium c. 2.* ubi, si placet vide.

TITULUS II.

Pro socio.

Mandatum excipit societas: quæ est contractus juris gentium, bonæ fidei, constans consensu de lucro & damno communis rei aut operæ, inter socios communicando. De hac societate videtur tale fuisse Edictum. *Si societas coita esse dicetur, quod pro socio communiterve gestum erit, de eo judicium dabo.* Hoc Edictum est æquissimum, & ad juvandam vitæ commoditatem necessarium: quando sæpe contingit, ut cui pecunia suppetit, in eo industria desideretur: & qui sapientia valet, eum fortuna destituat. Ita quod neuter potest per se querere aut tueri, id uterque potest contracta societate assequi: atque eo tutius commodiusque, quod utrumque communis spes metusve peræque excitat ad præstationem fidei industriæque: pari utriusque jure in lucro damnoque: ut post dicetur.

Ait Prætor, *Si societas coita esse dicetur.* Igitur ut sit pro socio actio, societatem intercedere oportet. nec sufficit, rem esse communem, nisi societas intercedit. interest enim inter communionem & societatem: ut inter genus & speciem. communio est genus: cujus partus duæ sunt: communio in specie & societas. in illam incidimus, nullo habito tractatu de lucro & damno: hæc sine tractatu nulla est. illam res facit: hanc animus utriusque socii. inde Livio *lib. 8. c. 4.* dicitur æquatio juris. Papinianus *l. 63. b. t.* ait, eam quodammodo in se habere jus fraternitatis: id est, quoddam jus æqualitatis. nam hanc indigitat fraternitas. Lactantius *lib. 5. Divin. instit. c. 16.* *Nec alia causa est, cur nobis invicem fratrum nomen impertiamus, nisi quia pares esse nos credimus.* Sed ex folido Quintilianus *Declamat. 320.* a Gronovio V. CL. sic restitutus: *Sacra res est, & quadam fraternitas conjunctio bonorum. consortes enim potest facere casus: ceterum quidem cum duo homines omnes fortunas suas contulerunt, omnes casus miscuerunt, unum*

quoddam factum est. quid est justius, quam compositum patrimonium habere conditionem unius? societatis (hoc est, unitatis). Vides ergo & damna & lucra communia esse debere, & nihil non æquum esse utrique parti. Igitur cum tractatu habito coita est societas, pro socio actio est: cum sine tractatu in re ipsa & negotio communiter gestum videtur: ut in conductionibus publicorum, (id est, vectigalium: nam hæc publica in *l. 1. §. 1. D. de publican.* & alibi) item in emptionibus. nam qui nolunt inter se contendere, solent per nuncium rem emere in commune: quod a societate longe remotum est. (nisi sit animus eam contrahendi: qui animus supponendus in *l. 1. D. Commun. divid.*) his igitur casibus si quid forte unus in eam rem impenderit, sive fructus mercedisve unus perceperit, vel deteriore fecerit rem, non societatis judicio locus est: sed inter coheredes quidem familiæ eriscundæ, aut communi dividundo judicio agetur; inter cæteros communi dividundo *l. 31. l. 32. l. 33. l. 34. D. h. t.*

Vult igitur Prætor, ut pro socio actio sit, coitam esse societatem. est vero ea res facti, facile dubitationem recipientis. intererit, id exemplo intelligi. finge: (qui est casus *l. 44. D. h. t.* & *l. 13. D. de præscript. verb.*) vendenda tibi dedi margarita: hac lege, ut si ea decem vendidisses, redderes mihi decem: si plaris; quod excedit, tu haberes. queritur, qua actione agi oporteat: mandati, an pro socio, an præscriptis verbis? quæstio vertitur, quis sit contractus? & quidem mandatum esse non placet Ulpiano *d. l. 13.* quia non est gratuitum, retenturo te quod excedit decem. non magis potest agi pro socio: quia est quidem actum, ut pretium communicetur; sed tantum, si plaris vendideris margarita, quam decem. & negat Ulpianus *d. l. 13.* societatem contractam in eo qui te non admisit socium distractionis: id est, qui te non

non in totum admisit socium pretii, ex distractione percepti: sed sibi certum pretium excepit: id est, qui pacto sibi certo pretio, de cætero neglexit æqualitatem, propriam naturæ societatis. Erit igitur ex sententia Ulpiani *d. l. 13.* alius contractus, id est, incertus atque innominatus ex quo ageretur actione præscriptis verbis. Hoc in dubio Ulpianus in *d. l. 13.* Nec tamen resistit in *d. l. 44.* quo minus sit pro socio actio, si in contrahendo fuerit animus contrahendæ societatis. Datum hoc electioni contrahentium: re non omnino recusante eam contractus formam: cum utriusque placuerit, venditorem venditis margaritis, habere quod excedit decem: in eoque est societas distractionis; licet non sit in totum. & est simile animadvertere in specie *l. 52. §. 7. D. h. t.*

Sed redeo eo, unde discessi: ut sit pro socio actio, postulat Prætor, coitam esse societatem, id est, esse actum de communicando lucro & damno. nec refert ejus; utrum sit societas universorum bonorum, an negotiationis alicujus, aut vectigalium, an rei unius. non enim distinguit. Initium interpretationis sumam ab unius rei, vel unius negotiationis societate. talis est mancipiorum emendorum vendendorumque, aut olei aut vini aut frumenti emendi vendendique *pr. Inst. h. t.* Ex eodem genere est societas; cum ita convenit, ut si qua justa hereditas alterutri obvenit, communis sit. in eaque ait Paulus *l. 3. §. 2. h. t.* de illo quæri, quæ justa dicatur hereditas; utrum quæ jure legitimo obvenit, an etiam ea quæ testamento. & est ratio dubitandi, quod utraque justa dicitur. sed probabilius esse ait Paulus, hoc ad legitimam tantum pertinere: forte quod hæc hereditas proprie & quasi per eminentiam justa & legitima dicitur; testamentaria contra tantum non improprie hoc nomine appellatur *l. 130. D. de verb. signif.* favetque interpretationi etiam hoc Ciceronis *lib. 3. De nat. Deor. c. 35.* *Eamque potestatem quam ipse per scelus erat nactus quasi justam & legitimam, hereditatis loco filio tradidit.* Effectus particularis societatis ille est: ut in eam veniant tantum lucra & damna, contemplatione ejus rei, ejusve negotiationis qua de nominatim conventum est, contingentia. Exemplum in *l. 52. §. 5.* Duo erant argentarii socii. alter eorum quid separatim quæsierat & lucri senserat, quærebatur, an commune esse lucrum oporteret? Imperator Severus Flavio Felici rescripsit: etiam si maxime argentaria societas inita est, quod quisque tamen socius non ex argentaria causa quæsit, id ad communionem non pertinere, explorati juris est. Similiter si fratres parentum hereditates ideo tenuissent indivisas, ut in his commune esset damnum atque emolumentum, placet Papiniano, quod aliunde quæsisissent, non redigi in commune *d. l. 52. §. 6.* At quemadmodum incertæ rei, negotiationisve, communionem nihil venit præter id quod ex ea quæritur; sic e contrario ei imputatur quidquid ejus exequendæ gratia damni factum est. pone, ut sit exemplum, ex *d. l. 52. §. 4.* quidam coierunt sagariam negotiationem. sagum esse vestem militarem, omnes norunt: & est sagaria negotiatio de talibus vestibus emendis vendendisque instituta: dicta sagaria, ut lintearia *l. 5. §. 15. D. de tribut. act.* ut notatum a Cælliano Cotta, *Memoralibus.* quidam igitur sagariam coierunt negotiationem. ex his alter ad merces comparandas profectus, in latrones incidit, suamque pecuniam perdidit. cujus damnum est? Julianus dicit, esse commune, & ideo utrumque actione pro socio debere agnoscere damni partem dimidiam tam pecuniæ, quam cæterarum rerum quas secum non tulisset socius, nisi ad merces communi nomine comparandas proficisceretur. sed & si quid in medicos impensum est, pro parte socium agnoscere debere, rectissime Julianus probat. proinde & si naufragio quid periit, cum non alias merces, quam navi tollerent advehi, damnum ambo sentient: nam sicuti lucrum, ita damnum quoque commune esse oportet, quod non culpa socii contingit.

Altera species societatis est omnium bonorum. Justinianus *pr. Inst. h. t.* dicit totorum bonorum: tota bona pro omnibus sumens; ut in *l. 63. D. de procurat.* & alibi sæpe. Coitur vero talis societas aliquando specialiter, aliquando simpliciter. primum specialiter: id est, ut Accursius explicat, expresse: cum pactum conventum sit expresse, seu nominatim; ut sit societas omnium bonorum, sive universorum bonorum, sive universarum fortunarum. Scævola ait, hoc modo coeuntes in omnibus esse socios *l. 39. §. 3. D. Famil. ercisc.* Quintilianus verbis supra allegatis ex *Declam. 320.* illam intelligit: dicens, cum duo homines omnes fortunas suas contulerunt, omnes casus miscuerunt: & addit, Compositum patrimonium habere conditionem unius: ejusque societatis, id est, unitatis, damna & lucra esse communia, ideoque nihil non æquum esse utrique parti. Nec dubito, quin secundum hoc explicandus sit Paulus *l. 3. §. 1. h. t.* ita loquens: *Cum specialiter omnium bonorum societas coita est, tunc & hereditas & legatum & quod donatum est, aut quaqua ratione acquisitum, communioni acquiretur.* Pauli sensus est: ubi in contrahenda societate est nominatim dictum, eam coiri de omnibus bonis, sive de universis bonis, aut de universis fortunis, hanc ejus vim esse, ut in communionem veniat non modo quod ex bonis illis arte, labore, industria, seu quæstu, acquiritur: sed etiam quod aliunde accedit alio quocumque modo, verbi gratia, ex liberalitate amicorum, ut donatione, legato, hereditate. At nec dubito, quin responderit Ulpianus *l. 73. D. h. t.* sic communicari res quam præsentem, tam futuras quoque. Præter hæc observatur hac in specie; ut, si necesse habuit socius, aliquid præstare sine vitio suo, id societati imputer: sive præstiterit ex causa societatis, sive extra eam, & coactus per injuriam tertii *l. 52. §. ult. h. t. d. l. 39. §. 3.* Sic puto, conveniri solere; & est exemplum in *d. l. 73.* ac proinde, si non sit pactum conventum; tamen quia moris est hoc fieri, in bonæ fidei judicio pro convento habetur *l. 31. §. 20. D. de Edil. edict.*

Sed Ulpianus *l. 7. h. t.* ait, societatem coiri & simpliciter licere: & si non fuerit distinctum, coitam esse universorum quæ ex quæstu veniunt: hoc est, si quod lucrum ex emptione venditione, locatione conductione, descendit. quæstum enim Sabinus (quod conjicio ex Inscriptione *l. 8. h. t.*) definivit, qui ex opera cujusque descendit. nec adjecit Sabinus (sic subjicitur in *l. 9.*) hereditatem, vel legatum, vel donationes mortis causa: fortassis hæc ideo, quod non sine causa obveniunt, sed ob meritum aliquod accedunt. de hereditate addit Paulus *l. 10.* quod plerumque vel a parente, vel a liberto quasi debitum obvenit. Ita de hereditate, legato, donatione, Q. Mucium scripsisse, Ulpianus refert *l. 11. D. h. t.* Quid, si adjiciatur, ut & quæstus & lucri socii sint? Verum est, non ad aliud lucrum, quam quod ex quæstu venit, hanc quoque adjectionem pertinere *l. 13. h. t.* Igitur nec æs alienum, nisi quod ex quæstu pendebit, venire in rationem societatis, meditare ait Paulus *l. 12. h. t.*

Summa divisionis quam explicui, obrinet, societatem appellari demum: cum est de communicando lucro & damno actum, sive sit universorum bonorum societas, sive unius rei aut unius negotiationis *l. 67. D. h. t.* Ego addam, quod ideo oportet etiam conveniri de facienda in commune collatione, atque utrimque: non futura alioquin societate, ubi non est ex quo sequatur lucri & damni communio: ad quam unam intendit societas. Cæterum posse eam coiri & valere etiam inter eos, qui non sunt æquis facultatibus, in mentem venit Ulpiano *l. 5. §. 1. h. t.* hac ratione, quod plerumque pauperior opera supplet, quantum ei per comparisonem patrimonii deest. Eadem ratione placuit, societatem contrahi, uno pecuniam, altero operam, conferente. fuit quidem hoc aliquando incerti juris, sed obtinuisse, testes sunt Diocletianus & Maximianus *l. 1. C. h. t.* nec alper-

natur Justinianus §. 2. *Inst. d. t.* operam pro pecunia valere. Ut ut erit : utique constat ex his, adeo propriam societatis esse utriusque partis collationem : ut, si ab una parte pecunia & opera, ab altera neutra, conferatur, Ulpianus neget, societatem donationis causa recte contrahi *d. l. 5. §. 2.*

Ostendi, societatem egere collationis mutuae & reciprocae. deinceps, quomodo fiat, ostendam. fit ea ; cum res singulorum propriae inter eos communicantur pro ratione coitae societatis. aitque Paulus *l. 1. §. 1. h. t.* in ea quae sit universorum bonorum, hoc fieri continuo ; licet (quod Gajus observat *l. 2.*) specialiter traditio non intervenerit : id est, licet manifesta singularum rerum traditio nulla intervenerit. Qui potest ? ait Gajus, quia tacita creditur intervenire ; & ut videtur, fictione constituti possessorii : qua de egi *lib. 2. Probabil. c. 6.* Induxit hanc utilitas expediendorum negotiorum : difficili rerum singularum traditione in patrimoniis amplis & diffusis, alioquin ad traditionem dominii regulis juris necessaria. Interim recepta ea fictio fuit in rebus saltem corporalibus : nam nomina manere in suo statu, & actiones a sociis invicem praestari, certus auctor Paulus *l. 3. h. t.* At nec in corporalibus obtinuisse, nisi coeuntium sint tempore coitae societatis, idem Paulus ait *l. 1. §. 1.* sane in futuris aliud visum *l. 73. §. 74. h. t.*

Satis, ut Puto, liquet, societatem pecuniae rerumque a sociis contrahi lucris & damni communicandi gratia. illud adhuc tractandum, quibus ex partibus eam communionem constare æquum sit. est vero hoc quaestioni propter obscurum Ulpiani locum in *l. 29. D. h. t.* in qua cespitant Interpretes clari & docti : quia videntes societatem a Papiniano *l. 63. h. t.* censeri jure quodam fraternitatis, id est, ut dictum, amicitiae, in ea nihil considerant praeter fraternitatem amicitiamque : assuetam pares aut accipere aut facere : ut est in *Sententiis* Publii Syri *vers. 25.* eoque praepudicio sibi aliisque persuadent, Ulpianum *d. l. 29.* voluisse, partes, si non fuerint societati adjectae, æquas esse, etiam si inæqualis sit collatio : imputaturo sibi qui alias expectarit ; quod eas, cum liceret, non est pactus. Sed illis qui sic sentiant, ego non accedo : nam aliter se res habet : & est societatis sive amicitiae (quod me docuit Aristoteles *lib. 8. De moribus c. 3. & seqq.*) non unus finis, nec una conditio, aut una species. inter ceteras occurrit aliqua sapientum : unam habens causam virtutis, amicitiaeque perfectae. est alia pecuniae ac rerum : amicitiam in quibusdam praeferebat, at non ob ipsam, sed ob negotiationem, id est, ob lucrum atque utilitatem. prior Philosophis curae est : posterior Jurisconsultis sub hoc Titulo. altera est vera & propria, laudata ab Aristotele *d. loc.* etiam a Cicerone *lib. 1. De legib. c. 12.* & in *Lelio sive De amicitia.* altera quasi & impropria, quam Papinianus in *d. l. 63.* idcirco dicit in se habere jus quodammodo fraternitatis. Eoque modo etiam Quintilianus loco allegato ex *Declam. 320.* hanc vocant *quamdam fraternitatem* : id est, impropriam, non veram ; si nimirum cum illa propria & vera compareretur. Sustuli praepudicium. nunc, quemadmodum accipiendus sit Ulpianus, demonstrabo : verbis ejus ex *d. l. 29.* ante adscriptis : *Si non fuerint partes societati adjectae, æquas eas esse constat. Si vero placuerit, ut quis duas partes vel tres habeat, alius unam, an valeat ? placet valere : si modo aliquid plus contulerit societati vel pecuniae vel opera, vel cujuscumque alterius rei.* Ut constet Ulpiano ratio, praemittam, cum duos tractare casus, eosque diversos : alterum de æquali collatione, alterum de inæquali. ad priorem restringo verbum, *Si non fuerint partes societati adjectae, æquas esse constat.* Ad posteriorem refero sequentem, *Si vero placuerit, ut quis duas partes vel tres habeat, alius unam, an valeat ? placet valere : si modo aliquid plus contulerit societati vel pecuniae vel opera vel cujuscumque alterius rei.* Erit hæc praemunio aliquod Ulpiano allatura lumen. Igitur ad priorem casum spectat versus, *Si non fuerint.* Nec offen-

dat te : quod præ me fero, ibi agi de æquali collatione, ubi nullam cernis ejus mentionem. nam hanc vincet diligentior versus mox sequentis comparatio cum præcedente. sane cum posterior versus palam separatur a priore per voculam adversativam, *vero ;* & diserte tractet de inæquali collatione : num fas est, ambigi ; an prior agat de æquali ? Sed verissimum est, Ulpianum in priore velle socios paria ad societatem negotiandi causa conferentes, si non exprimant lucris & damni partes, semper intelligi, viriles, sive æquas, constituere. Itane ? nil attinet, partes palam definire : paritate collationis prohibente, alterum in societate non ad amicitiam, nisi ob negotiationem, id est, ob lucrum, sive utilitatem spectante, quid ultra velle, quam contulit : alterum credi, velle minus. nec tamen hoc impedit ; ne focii vel hic possint palam, si velint, partes æquales constituere : quod & fieri, subinde prudentiae fuerit. Tantum de priore Ulpiani casu. In altero quaeritur ; an teneantur socii, partes lucris & damni definituri, semper æquales statuere ? Et negat Ulpianus : imo ait, eos debere interdum inæquales facere. Quando ? nempe, si ille qui plus auferet ex societate, etiam plus ad eam sit allaturus. Hæc ego fide Ulpiani in *d. l. 29.* sic temperantis. ille, opinor, edoctus ab Aristotele : cujus proinde verba apposuisse, non inutile fuerit. Verba Aristotelis ex *lib. 3. De republica c. 9.* *Jus videtur esse quod æquale est : & est plane verum non omnibus, sed æqualibus. cum inæquale jus videtur esse, sed inæqualibus.* Et paulo post : *Non justum esse, æquam partem ferre centum minarum cum qui unam minam attulit, atque cum qui reliquum omne contulit, neque eorum quae in societatem initio collata sunt, neque eorum quae postea accesserunt, & lucris facta sunt.* Item *lib. 8. De moribus c. ult.* verba : *In societate pecunia plura auferunt, qui plura in societatem attulerunt.* Ita protus est : Ulpianus in *d. l. 29.* reputans ex doctrina Aristotelis indolem societatis pecuniae & rerum, in qua se utrumque spectant socii, solum lucris & utilitatis causa coeuntes : ait, nullis partibus expressis, semper æquas esse : si paria contulerint socii. contra placito, unum duas vel tres partes habere, alium unam : magis putat, non valere pactionem, substantiae societatis manifeste contrariam : intolerabili inæqualitate. & tamen patitur, hanc sustineri ; si tanta sint unius merita, ut æqualitas societati conveniens, aliter retineri nequeat. Aut me fallit animus meus, aut est hæc Ulpiani sententia in *d. l. 29. pr.* at nec alia est in specie §. 1. cujus apposui verba : *Ita coiri societatem posse, ut nullius partem damni alter sentiat, lucrum vero commune sit, Cassius putat.* Comparatio lucris & damni indicat, vel hic induci inæqualitatem inter socios : at non ideo, ut alter habeat aliquod praecipuum, sed ne alter habeat. Cedo testem. accipe Ulpianum, sic pergentem : *Quod ita demum valebit, (ut & Sabinus scribit) si tanti sit opera, quanti damnum est.* Qua ratione ? hac optima : *Plerumque enim tanta est industria socii, ut plus societati conferat, quam pecunia : item si solus naviget, si solus peregrinetur, pericula subeat solus.* Adduxi hæc ad certum ; ipsis sociis partes mutuo consensu defendantibus. Quid, si socio placeat, has constitui arbitrio socii ? non timuit Pomponius, vel in hoc casu idem pronunciare in *l. 6. h. t.* Verba Pomponii. *Si societatem mecum coieris ea conditione, ut partes societatis constitueres, ad boni viri arbitrium eares redigenda est.* quid inde ? subjicit Pomponius : *Et conveniens est viri boni arbitrio, ut non utique ex æquis partibus socii simus.* Constituerne igitur socius partes æquales, inæquales, pro libidine ? minime. quomodo igitur ? ut conveniet fini societatis negotiandi causa instituta. Pomponius rem sequente explicat exemplo : *Veluti, si alter plus opera, industria, pecunia, in societatem contulerit.* Superiori casui est & hic affinis quem Proculus tractat *l. 76. & seqq. h. t.* *Societatem mecum coisti ea conditione, ut Nerva amicus communis partem societatis constitueret.* quaeritur, quan-

quantum permittatur Nervæ ? ait Proculus l. 78. ei sequendum esse arbitrium viri boni : atque eo magis, quod hoc iudicium est bonæ fidei. constituet igitur Nervæ, si ei par videbitur collatio, partes æquas : nam sic convenit officio viri boni. imo ait Proculus l. 80. *Illud potest conveniens esse viri boni arbitrio, ut non utique ex æquis partibus socii simus.* Quando ? *veluti, inquit, si alter plus operæ, industria, gratia, pecunia, in societatem collaturus erat.* Quæ sunt superioribus plane convenientia. Illud non silendum : quod inde porro sic infert Paulus. l. 79. *Unde si Nervæ arbitrium ita prævum est, ut manifesta iniquitas ejus appareat, corrigi potest per iudicium boni viri.* Paulus notabiliter docet, æqualitatem quam in societate exegimus, non esse ad vivum rescandam : sed ita moderandam ; ut, si æstimatione rerum atque operarum quas hinc inde contulerint socii, alter modice læsus sit ; societas non magis rescindatur, quam rescinditur emptio & venditio in qua alter circa pretium leviter sit circumscriptus : cum eadem sit utriusque ratio contractus, peræque ad lucrum spectantis, aliquid indulgere industriæ volentium, prudenter, id est, utiliter, contrahere : modo non sequatur inæqualitas intolerabilis, & contraria benignitati contractus bonæ fidei : qua de agetur infra sub Titulo, *De rescindenda venditione.* Fac : (dabo enim exemplum atque eo aptius, quia est Proculi in l. 80.) Nervæ constituit, *ut alter ex millesima parte, alter ex duo millesimis partibus socius esset.* Postremo nemo improbet : quod Aristo refert apud Ulpianum d. l. 29. §. 2. Cassium respondisse, societatem talem coiri non posse ; ut alter tantum lucrum, alter tantum damnum, sentiret : & hanc societatem leoninam appellare solitum, ut videtur, a fabula Æsopia, apud Phædrum lib. 1. fab. 6. Et Cassio accedit Ulpianus : Et nos, inquit, consentimus, talem societatem nullam esse, ut alter lucrum sentiret, alter vero nullum lucrum, sed damnum, non etiam lucrum sentiret.

Finiam hanc partem, subjecto hoc ex Paulo l. 30. h. t. *Mucius lib. 14. scribit non posse societatem coiri, ut aliam damni, aliam lucri partem socius ferat.* Servius in notatis Mucii ait, *nec posse societatem ita contrahi : neque enim lucrum intelligitur, nisi omni damno deducto ; neque damnum, nisi omni lucro deducto.* Sed potest coiri societas ita, ut ejus lucri quod reliquum in societate sit, omni damno deducto, pars alia feratur : & ejus damni quod similiter relinquatur, pars alia capiatur.

Ostendi, quid Prætor societatis nomine designet. Sequens labor erit, quo modo perficiatur. ait Prætor, *Si societas coita esse dicetur.* videtur autem coita statim, ac de ea est consensus : quamdiu vero non est consensus, nec coita esse intelligitur. ita quærentibus, inter quos sit coita : sola quæstio est, an inter eos sit consensus. Inde Ulpianus l. 19. h. t. *Qui, inquit, admittitur socius, ei tantum socius est, qui admisit :* id est, qui in ejus societatem consensit. adeo cujus socius esse recusato, is non est socius meus. plus dicam, in quem non consensi, nec hunc esse socium meum : quia, ut dictum, societas est voluntarium consortium l. 52. §. 8. h. t. quod sine consensu non coitur. Igitur si quem socium admisit socius meus, is quidem ejus socius fit ejus consensu : at non idcirco est meus socius, si in ipsum non consensi ego. & bene Paulus l. 20. *Socii mei socius, meus socius non est.* Sed apparet, cum quo erit pro socio actio, cum eo coitam esse societatem oportere. Unum notandum ; quod Prætor, cum sic edicit, *Si societas coita esse dicetur :* nullum definit coeundi modum aut formam : certo indicio, ei sufficere, esse coitam, id est, de ea esse consensum quocumque modo : sicut in cæteris obligationibus consensu constantibus jure gentium l. 2. D. de oblig. & act. ab eaque causa Modestinus l. 4. h. t. *Societatem, inquit, coire & re, & verbis, & per nuncium, posse nos, dubium non est.* Modestinus indigitat, consensum quo coitur socie-

tas, quocumque modo perfici jure gentium sine ulla solemnitate juris civilis : ideoque tam inter absentes, quam inter præsentem : inter illos per nuncium, etiam per epistolam : inter hos palam vel tacite. palam verbis : tacite, cum ex facto consensus præsumitur : id est, (ut Paulus exprimit l. 95. D. de adq. hered.) non tantum verbis, sed etiam re & quovis indicio voluntatis. Ab eadem causa sic extat apud Paulum l. 1. h. t. *Societas coiri potest vel in perpetuum, id est, dum vivunt, vel ad tempus, vel ex tempore, vel sub conditione.* Paulus ait, *in perpetuum, & interpretatur, dum vivunt ;* ut in l. 4. D. de procuratorib. Addidit forte pro ratione, quod nulla societatis in æternum coitio est : ut extat in l. 70. h. t. sed sic emenda erit ejus Inscriptio : pro lib. 33. *Ad Edictum* posito lib. 32. ut habet Inscriptio d. l. 1. In hac vero, quod addendum, ait Paulus, societatem etiam coiri sub conditione : etsi multis aliter videretur. sed dubitationem sustulit Justinianus l. pen. C. h. t. præfatus, contrahentium voluntates omnimodo observandas esse. Dixi, quomodo coeatur societas.

Dicam, quo modo solvatur. Et quidem Modestinus l. 4. §. 11. h. t. *Dissociamur, inquit, renunciatione, morte, capitis minutione, & egestate.* Ulpianus l. 63. §. 10. sic scribit. *Societas solvitur ex personis, ex rebus, ex voluntate, ex actione. ideoque siue homines, siue res, siue voluntas, siue actio interierit, distrabi videtur societas.* Prima Ulpiani disputatio est de morte. ait autem, homines interire tam maxima & media capitis deminutione, quam morte : id est, morte non minus civili, quam naturali. solvitur autem societas morte socii, etiam unius : etsi consensu omnium coita sit, plures vero supersint l. 65. §. 9. D. h. t. scilicet, quia qui societatem contrahit, certam personam sibi eligit. sic Justinianus §. 5. Inst. h. t. significans : quod societas sæpe a pluribus contrahitur contemplatione unius, aut industria, aut gratia, aut pecunia, valentis : usque adeo, ut si ille initio non fuisset, a cæteris contracta non fuisset societas. illo igitur extincto, recte finitur. nisi in coeunda societate aliter convenerit. tum enim inter cæteros quidem perseverat : at heres socii, nec si hoc convenerit, in societatem succedit ipso jure. id opinor, vult Ulpianus l. 35. h. t. *Nemo, inquit, potest societatem heredi suo sic parere, ut ipse heres socius sit.* Sic Ulpianus, & ante Pomponius l. 59. d. l. his verbis, *Adeo morte socii solvitur societas, ut nec ab initio pacisci possimus, ut heres etiam succedat societati.* Videlicet, ne æterna sit societas : quam noluerunt Veteres d. l. 70. Plane, si heredes inierint animum societatis in ea hereditate novo consensu ; ait Pomponius, quod postea gesserint, effici, ut in pro socio actionem deducatur. l. 37. nova contracta societate. Non minus placet Pomponio l. 40. heredem socii, quamvis socius non est, explicare ea quæ per defunctum inchoata sunt, in iisque dolum ejus admitti posse. Paulus d. l. 65. §. 9. sic effert : *Nec heres socii succedit : sed quod ex re communi postea quæsitum est ; item dolus & culpa in eo quod ex antegesto pendet, tam ab herede, quam heredi, præstandum est.* Idem Paulus in l. 65. §. 2. h. t. sic exprimit : *Si in rem certam emendam conducendamve coita sit societas, tunc etiam post alicujus mortem quidquid lucri detrimentive factum sit, commune esse.* Labeo ait. In eumque sensum etiam Ulpianus in l. 63. §. 8. d. t. verba Ulpiani : *In heredem quoque socii pro socio actio competit, quamvis heres socius non sit : licet enim socius non sit : attamen emolumenti successor est.* Hæc in privatis societatibus. de vectigalium autem societate disputat Pomponius l. 59. h. t. & Ulpianus l. 63. §. 8. Sed de ea vide sis Jacobum Cujacium lib. 10. Observ. c. 25. & Johannem a Costa ad §. 5. Inst. h. t. a Doctissimo illo Viro hac in parte dissentientem : quod & factum ab Antonio Fabro, Rationalib. ad d. l. 50.

At societas non tantum ex personis solvitur ; sed (ut audivimus ex Ulpiano d. l. 63. §. 10. h. t.) etiam ex rebus. ait vero Ulpianus, res interire ; cum aut nullæ

relinquuntur, aut conditionem mutaverint: praefatus, ejus rei quæ jam nulla sit, aut quæ consecrata publicatave sit, neminem socium esse. Exempla *l. 58. l. 65. §. 1. §. 12.*

Præterea ait Ulpianus *d. l. 63. §. 10.* societatem distrahi voluntate, id est, renunciatione, seu dissensu omnium: siquidem naturale est, quidque eo genere dissolvere, quo est colligatum *l. 35. D. de regul. jur.* Nec refert, utrum tacitus sit dissensus, an manifestus. nam si separatim agere cœperint socii, etsi nihil palam sit conventum de solvenda societate; utique ipsa re distrahitur *d. l. 63. §. 10. §. 64. h. t.* Sic, si omnes dissentiant. Quid, si unus renunciât societati, cæteris invitis? Aliquem moretur: quod contractus initio sunt voluntatis, postea fiunt necessitatis *l. 5. C. de oblig. §. act.* At singulare jus est societatis: quam diximus esse amicitiam, sed utilitatis causa comparatam. qualem dissoluto eo, quod hanc contraxerat, dissolvi, certus auctor est Aristoteles *lib. 8. De moribus c. 3.* Igitur placuit, societatem omnium consensu perfici; unius tolli. Seneca *Epist. 65. Cum visum fuerit, distrahant cum illo societatem.* Hoc receptum eo justius; ne quis invitatus compellatur manere in communione *l. ult. C. Commun. divid.* sibi, ut putat, inutili, ac tædiosa, & propter eam nihilominus, in querelis, & litibus quas præter nostros in *l. 26. D. de servit. præd. urb. l. 77. §. 20. D. de legat. lib. 2.* etiam notat Aristoteles *d. lib. 8. c. 15.* Qua ratione igitur solent Veteres (quod ex Tacito *lib. 2. Annal. c. 70.* intelligitur) renunciare inutili amicitiae: ea ratione renunciabant societati quam non putabant sibi esse utilem, & tamen putabant referre, utrum renuntiatio talis fieret tempestive, & iusta ratione, an intempestive, & sine ratione iusta: ut late traditum *l. 14. 15. 16. §. 17. h. t.* ego obiter dicam, oportere eum qui societati sic renunciat, cavere: ne quid callide agat, quo solus habeat lucrum. nam id non patitur bona fides quam socium semper servare, æquum est. alioquin a se quidem liberat socios: se autem ab illis non liberat: veluti, cum omnium bonorum societatem inissemus specialiter: deinde unus, cum ei obvenisset hereditas, societati propter hoc renunciavit, ut eam solus haberet: dicendum, si quidem hereditas attulerit damnum, hoc ad eum qui renunciavit, pertinere; & nihilominus eum cogi, commodum communicare actione pro socio. quod si post renunciationem quid adquisierit: non erit communicandum: quia nec dolus admissus est in eo *d. l. 65. §. 3. 4. 5. 6.*

Postremo ait Ulpianus *d. l. 63. §. 10. h. t.* societatem solvi actione. id autem fieri putat Paulus *l. 65. si aut stipulatione aut judicio causa societatis sit mutata:* addit, Proculum dicere, hoc ipso quod iudicium ideo dictatum est, ut societas distrahatur, renunciatam societatem: sive totorum bonorum, sive unius rei societas coita sit.

Exposita indole societatis, tempus est, cogitare de actione ad tuendam eam pertinente. Ea actio appellatur Pro socio: estque directa ab utraque parte: a neutra contraria *§. 2. Inst. de pœn. tem. litig.* pari omnium sociorum causa. inde Rubrica, *Pro socio*, nec additur, *vel contra.* Datur igitur socio adversus socium, etiam heredi, & adversus heredem. Ad quid? ad id quod socio, propter societatem, dare facere oportet ex fide bona. venit enim in hoc iudicium bona fides *l. 52. §. 1. h. t.* nec est dubium, quin eo, manente societate, petantur res de quibus actum est, ut in commune conferantur *l. 65. §. 15. l. 52. §. 8. l. 45. l. 74. h. t.* Sed est huic præcipue locus, finita societate, ut exæquentur lucri & damni partes: quarum causa coita est societas *l. 63. §. 5. h. t.* Fieri hoc finita demum societate, ideo dixi; quod actio pro socio est generalis, ut negotiorum gestorum, ut tutelæ *l. 38. h. t.* quæ omnes demum obtinent finito officio: exigentes quippe rationem totius administrationis. Veniunt igitur in hanc actionem præcipue præstationes personales. An & divisio communium rerum? non placet Ulpiano *l. 43. h. t.* dicenti, quod actio pro socio &

nominum rationem habet, & adjudicationem non admittit. Ulpianus per Nomina indigitat (quod bene observavit D. Vinnius *lib. 1. Select. quest. c. 36.*) personales præstationes: per Adjudicationem intelligit communium rerum divisionem, adjudicatione fieri solitam. Forte hoc durius tibi videtur: quia comparative Paulus *l. 1. D. Commun. divid. Pro socio*, inquit, *actio magis ad personales invicem præstationes pertinet, quam ad communium rerum divisionem.* Sed malo, esse hæc verba modeste loquentis, quam ejus qui comparisonem facere instituat. Et lubentius id dico: quia his similiter utitur Ulpianus *l. 4. D. de jurisdict. l. 12. §. 12. l. 26. §. 6. D. Mandati. l. 6. §. 3. D. Si servit. vindic.* nec minus res talem postulat interpretationem. Nam agere ad communis rei divisionem est, pro parte vindicare ejus dominium; & petere; ut ea socio, tamquam domino, pro parte adjudicetur. ad hoc prodest actio communi dividundo: quæ est mixta tam in rem, quam in personam *§. 20. Inst. de act.* at actio pro socio non est mixta; tantum est in personam actio, non etiam in rem. proinde hac intendit quidem socius, socium sibi esse obligatum ad præstationem eorum, quæ bona fides ex societate præstari jubet: sed non æque ad divisionem rerum communium: ad quarum vindicationem non comparatur in personam actio.

Cæterum personales illæ præstationes, cum ex administratione veniant, fere in tribus versantur: in lucro, damno, & impensis. quod ad lucrum attinet: quidquid socius ex rebus communibus pro varia conditione societatis perceperit aut retineat, id cum socio eum communicare, bonæ fidei consequens est. tantum excipitur ex furto aut alio maleficio quæsitum. hoc enim in societatem conferri, non placet: quia delictorum turpis ac fœda communio est: omni jure ad juvandam, nullo ad perdendam, communem utilitatem invento: ut pluribus ostendi *lib. 3. Probabilium c. 2.* Plane turpe lucrum, si sit in medium collatum, commune erit: quod enim ex maleficio contulerit socius, non aliter debet recipere, quam si damnatus sit. si igitur ex hoc conventus fuerit qui maleficio admisit: id quod contulit, aut solum, aut cum pœna auferet. solum; si mihi proponas, insciente socio eum in societatis rationem hoc contulisse: quod si sciente, etiam pœnam socium adgnosceret oportet: æquum enim est, ut cujus participavit lucrum, participet & damnum. nec quidquam interest, utrum manente societate, an dissoluta, ob furtum præstiterit *l. 52. §. 17. l. 53. 54. 55. 56. §. 57. h. t.*

Altera præstationum personalium pars consistit ex damno rebus communibus illato. nec fuit umquam dubium, quin dolo factum hac actione præstetur: dolo semper bonæ fidei contrario *d. l. 52. §. 1. de eo quæsium fuit;* utrum tantum dolus in hanc actionem veniant, an & culpa? erat causa dubitandi: quod socius in socium non incideret, sed eum eligeret: electusque esset pro parte dominus; cui licet in re sua esse negligentem. sed alia fuit sententia Celsi *lib. 7. Digestorum*, ita scribentis: Socios inter se & culpam præstare oportet: & hanc recte probat Ulpianus *d. l. 52. §. 2.* quia ut possit quis esse negligens in re propria, at in aliena negligens esse non debet: res autem communis pro parte aliena est. Demus igitur Celso, a socio tam culpam præstari, quam dolum. Verum quam intelligit culpam.

Socio: simpliciter loquutus in *d. §. 2.* sed convenit naturæ societatis ad utriusque utilitatem spectantis, a socio tantum levem præstari culpam, non etiam levissimam. sic definitum ab Ulpiano *l. 5. §. 2. D. Commodati.* & est rationis: quoniam sic socius, propter suam partem habet gerendi causam. præstabit igitur diligentiam, non qualem diligentissimus, sed qualem diligens paterfamilias in rebus suis præstat: uti de coherede traditum *l. 25. §. 16. D. Famil. erisc.* Ac secundum hæc accipio Gajum *l. 72. D. & §. 9. Inst. h. t.* inde descriptum: supposito utro-

utroque in loco socio diligentissimo : qui electo socio tantum communi more diligente , habet quidem quod sibi imputet : sed non æque quod socio , saltem ad communem diligentiam jure societatis obligato. Satis de dolo & culpa , locisque eo spectantibus. nisi quis petat aliquid addi *de agri politore* ; item , quid sit , *pretium artis est velamentum* ; quorum mentio in *d. §. 2. l. 52.* sed prius explicitum diligentia Antonii Augustini *lib. 4. Emend. c. 9.* posterius attingit Jacobus Cujacius ad *§. 2. Inst. h. t.* De casibus fortuitis Ulpianus *d. l. 52. §. 3.* ita loquitur : *Damna qua imprudentibus accidunt , hoc est damna fatalia , socii non coguntur prestare. ideoque si pecus æstimatum datum sit , & id latrocínio aut incendio perierit , commune damnum est , si nihil dolo aut culpa acciderit , ejus qui æstimatum pecus acceperit. quod si a furibus subreptum sit , proprium ejus detrimentum est : quia custodiam prestare debuit qui æstimatum accepit. Hæc vera sunt , & pro socio erit actio : si modo societatis contrahenda causa pascenda data sunt , quamvis æstimata.* In his verbis varie sollicitatur locutio , *Damna qua imprudentibus accidunt , hoc est , damna fatalia.* Sed non piget me Glossæ Accursii ; *imprudentes* interpretantis , non potentes providere : nec abnuit Johannes Robertus *lib. 2. Recept. lect. c. 31.* eo verbo significari futura improvidentes : & contra qui ea prospiciunt , *prudentes* , id est , *providentes* , appellari. Ullus ille auctoritate Ciceronis , ab hujusmodi locutione non abhorrentis. Ac nec nostri ab ea abstinere : negantes , casus fortuitos humana sapientia provideri. ipse Ulpianus *l. 2. §. 7. D. de administr. rer. ad civit. pertim.* Fortuitos , inquit , *casus nullum humanum consilium providere potest.* Similiter Alexander *l. 6. C. de pign. act.* *Que fortuitis casibus accidunt , cum provideri non potuerint , (in quibus etiam aggressura latronum est) nullo bonæ fidei judicio prestantur.* His exemplis & similibus , quæ post hæc scripta vidi adducta quoque a V. CL. Josepho Averanio , *lib. 2. Interpr. c. 26.* liceat Ulpiano dicere , *Damna fatalia imprudentibus accidere.* Non minus tamen probabiliter Accursius *imprudentes* explicat valde prudentes : etsi particula , *in* , videatur imminuere verbi significationem. nam Festus in verbo , *Ingens* , etiam augere attestatur. Verba Festi : *Ingens dicitur augendi consuetudine : ut inclamare , invocare.* Addit : *Quia gens est populi magnitudo , ingentem per compositionem dicimus quod significat valde magnum.* Similiter *increfcere* Ulpianus dixit pro valde crescere *l. 1. §. 16. D. de aqua pluvia.* Et *immodicum lucrum* pro valde modicum , interprete Accursio , in *l. 15. §. 6. D. Locari.* Jam Aulus Gellius , *lib. 1. Noct. Attic. c. 7.* *impromiscuum* sumit pro valde promiscuo. Simile observat Torrentius ad Horatium , *Epod. xi. vers. 19. & 33.* in verbis , *Inverecundus , incanus , invalidus.* Ipse non animadverto , cur non idem putetur in hoc Virgilii *lib. 1. Georgic. vers. 373.*

--- Numquam imprudentibus imber
Obfuit. ---

Sic certe explicuerunt Veteres Grammatici : etsi ab his discedat Servius.

Exposito separatim lucro & damno , subjicienda adhuc erit communis utriusque quæstio ; an socius , si in pleisque auxit societatem , in aliis minuit , a socio liberetur compensatione negligentia diligentiaque ? extat ea quæstio in *l. 25. & 26. h. t.* ipsa non indigna tractari. Ecce : unus ex sociis administrans res communes , in quibusdam profuit societati ; in aliis nocuit. si agitur recto jure ; tenetur socio ad præstationem lucri ; nec minus ad reparationem damni. quæritur ; an compensato damno cum utilitate , socius socio de altero saltem teneatur , quantum altero deducto superest ? Fuere qui compensationem æquitate commendarent. Sed non placuit Veteribus , illam admittere : quia compensatio est debiti & crediti inter se contributio *l. 1. D. de compensat.* eaque ut fiat , esse debet debitum & creditum ab utraque par-

Noodt Operum Tomus II.

te : ut in specie *l. 10. D. d. t.* in qua ab ambobus sociis pari negligentia societati adhibita , alter definit alteri esse obligatus : quasi mutuo debito efficiatur , ut utrumque pro soluto ab utraque parte habeatur. sed hoc in proposito non est : ubi alter quidem alteri debet ex duabus causis , id est , ex lucro & damno : sed alter ei nihil debet vicissim iis vel similibus ex causis. ideoque est quidem socius socio obligatus ad præstationem ejus quod societati adquisivit , itemque ad stationem ejus quo nocuit : sed hanc non debet facere de pecunia socii , vel socio debita : quod esset futurum , si damnum a socio ejus negligentia in quibusdam illatum , compensaretur cum compendio in aliis societati ejus diligentia atque industria præstito.

Postrema species personalium præstationum continet impensas , in societatem ea durante factas. & exempla in *l. 52. §. 10. 12. 13 & 15. D. h. t.* Post finitam societatem factæ , hoc judicio non petuntur , re jam non pro socio communiterve gesta. petentur tamen communi dividendo judio : quia & distracta societate , superest divisio rerum communium *l. 65. §. 13. D. h. t.* imo nec durante societate a socio factæ impensæ , nisi propter societatem factæ , ad societatem pertinent. exempla pete ex *d. l. 52. §. ult. & §. 4.*

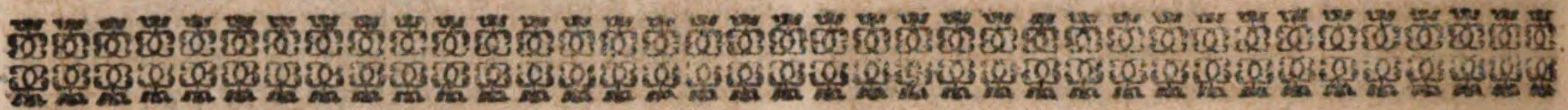
Etiāne dicam , quod pro socio actio adversus socium non datur in solidum ; sed saltem hætenus , quatenus facere potest , hoc est , ne egeat ? Dicam ; atque eo magis : quia id speciale esse in actione pro socio , & quibusdam aliis , ne ignorari quidem , finit Justinianus *§. 37. & seqq. Inst. de actionib.* promitti autem a Prætoribus , causa cognita , docuit me Pomponius *l. 22. §. 1. D. de re judicata.* Edicti verba sic confingo : *Si solvendo non sit socius , in quantum facere potest , causa cognita judicium dabo.* Hoc Prætor edixit summa ratione. scilicet , quod societas jus quodammodo fraternitatis in se habet. Omnibus sic sedit in societate universorum bonorum. Sabino etiam in unius rei societate : & Sabinum sequutus Ulpianus *l. 63. D. h. t.* eum movit ; quod æque in hac atque in illa societate est jus fraternitatis. Atqui Ulpianus in *l. 16. D. de re judic.* sic scribit : *Sunt qui in id quod facere possunt , conveniuntur , id est , non deducto ære alieno. & quidem sunt hi fere : qui pro socio conveniuntur. socium autem omnium bonorum accipiendum est. item parens.* Quid dicimus : hæc videri contraria : nec tamen esse verisimile , Ulpianum qui *lib. 31. Ad Edictum* ex quo est *d. l. 63.* adeo laudavit Sabini sententiam , ut & ratione confirmaret , eam in *lib. 63. Ad Edictum* , unde desumpta est *d. l. 16.* retractasse non reddita causa. Interim , quo pacto sibi conciliandus sit Ulpianus , hoc opus , hic labor est. sunt enim complures conjecturæ : sed quam probem , vix scio. Sana non placebit tibi Albericus Gentilis *lib. 4. Lect. & Epist. c. 1.* Ulpianum sic accipiens , quasi dicat , socium qui non sit universorum bonorum , sed unius rei , in id quod facere potest , condemnari , ubi est conventus iudicio societatis. Mihi vero non magis placet Marquardus Freherus *lib. 1. Parerg. c. 5.* arbitratus , solum restare ; ut in *d. l. 16.* reponamus , *Socium etiam non omnium bonorum accipiendum est.* etsi non improbet hoc Elbertus Leoninus *lib. 6. Emend. c. 14.* & tamen ipse mavult , totam illam clausulam , *Socium autem omnium bonorum accipiendum est* , expungi pro Glossemate ; id prodente , ut putat , locutione dura atque insuavi , *Socium accipiendum est.* Sed ab ea non abstinuisse Veteres , pluribus exemplis ostendi *lib. sing. Ad Edict. De pact. & transact. c. 25. pag. 554. col. 1.* Quid , si evitetur Ulpiani pugna verbo , maxime , in *d. l. 16.* subaudito ? hoc visum Accursio : nec mihi sordet. erit vero tum sensus : Socium autem in Edicto maxime intelligimus eum qui sit omnium bonorum. nam in eo omnes consentiunt. & tamen si sit unius rei socius , nec hunc excludimus : obtinente sic Sabino. Ac forte hic possit res non male ad hunc accipi modum : Sicut procurator in Edicto de procuratoribus proprie est procurator omnium bonorum , & tamen etiam produci-

tur ad unius rei procuratorem *l. 1. §. 1. D. de procuratoribus* : ita in hoc Edicto socius proprie dicitur socius omnium bonorum : & tamen obtinuit auctoritate Sabini , ut Edictum etiam porrigatur ad unius rei socium. Ut ut erit : non vult Prætor , socium ultra , quam facere possit , condemnari : causa tamen cognita. causæ autem cognitionem in hoc fore , Ulpianus ait ; si neget , se socium esse , aut quid dolo malo admiserit. nam si hoc sit , eum quod egerit dolo , quo minus possit , facere posse *d. l. 63. pr. §. 7. h. t.* ac præfatur Ulpianus , non esse æquum , dolum suum quemque revelare. Quid , si addam , non esse causam , cur neganti , se socium esse , tamquam socio succurratur. Sed utrumque in causæ cognitione verti , Pomponius refert *l. 22. §. 1. D. de re judic.* Nec hoc nesciri par est , id quod facere socius potest , quemadmodum sit accipiendum ? & placuit Ulpiano , non oportere deduci æs alienum quod a socio debetur : nisi forte ex ipsa societate debeatur *d. l. 63.*

§. 3. Fuit & illa veterum deliberatio : utrum hoc beneficium tam fidejussori præstari debeat , quam socio : an vero personale beneficium sit ? quod magis esse Ulpianus arbitratur. ut tamen fidejussor , si iudicium susceperit , quasi defensor socii , sibi prosit : idque Julianum confirmare lib. 14. Digestorum : nam scribere , defensorem socii in id quod socius facere potest , commendari oportere.

Sit hic nunc finis exponendi Tituli *Pro socio* : si addidero , quod sub eo extat Ulpiani locus admodum notabilis , nec minus obscurus , in *l. 69.* is certe frustra exercuit multos Viros Doctos. sed tu consule V. CL. Johannem a Costa ad *pr. Inst. h. t.* & in primis *Recitationem ejus solemnem ad d. l. 69.* Hæc subjecta est ad calcem *Commentarii ad Institutiones.*

Unus is diligentia tuæ sufficiet Interpres : nec desiderabis alios præterea. id a me dici , meretur Viri Eruditi præclara observatio.



LIBER DECIMUS OCTAVUS

TITULUS I.

De contrahenda emptione , & de pactis inter emptorem & venditorem compositis , & quæ res venire non possunt.



EX ordine hic deinceps me occupabit emptio & venditio , tertia species contractuum consensu constantium : nam mandatum & societatem superior liber exposuit. De emptione vero & venditione hodie nullum extat Edictum ; sed non improbabile est , fuisse tale : *Quod emptum & venditum esse dicitur , de eo iudicium dabo.* Ratio Edicti fuit optima : sicut emptio & venditio est contractus juvandis rebus humanis , si quis alius , opportunus. primus quis ignorat , (quod observatum a Virgilio *lib. 1. Georgic. vers. 52. & seqq.*) non omnem terram ferre omnia : quin contra , hanc regionem alia , illam alia recusare ? deinde quis habet omnia sibi passim necessaria , quamvis domi nata ? quid , si sæpe evenit , ut cui pecunia suppetit , is careat re quam optet : & vice versa , qui rebus abundet , pecunia destituatur ? Est igitur summa utilitas emptionis & venditionis , permutatione mercis cum pecunia communi omnium indigentia jure gentium optime succurrentis. Ejus explicationem quam usus frequens & quotidianus late porrexit , Juris Architecti per plures sparsere Titulos , omnes , ut res meretur , diligenter extricandos. primus constat tribus partibus : una est de contrahenda emptione : altera de pactis inter emptorem & venditorem compositis : tertia enarrat res quæ venire non possunt. prima spatia ostendit , quid sit emptio & venditio.

Est autem contractus juris gentium bonæ fidei consensu initus ; quo agitur , ut merx cum pretio permutetur. Primum puta , emptionem venditionem esse contractum : quia constat mutuo emptoris & venditoris consensu , suapte vi idoneo ad producendam Jure Civili obligationem & actionem. indicio Titulus , *De actionibus empti & venditi* , libro sequente. Est igitur contractus : sed juris gentium. id dixi , auctore Paulo *l. 1. §. 2. D. h. t.* Eo vero significatur ; quod emptio venditio , licet actionem , id est , vim accepit a Jure Civili ; ab eo non habet formam novam. quin est relicta in simplicitate naturali , & nullam desiderat solemnitatem juri gentium incognitam. tum inter peregrinos æque contrahitur , atque

inter cives Romanos *l. 15. D. de interdict. releg.* Est igitur contractus juris gentium. Nec frustra addidi , esse bonæ fidei : quia est ab utroque latere obligatorius : quales contractus esse bonæ fidei , omnibus notum est.

Cætera definitionis verba indicant , emptionem venditionem perfici emptoris & venditoris consensu de permutanda merce & pretio ; eoque ejus substantiam consistere ex his tribus : consensu , pretio , & merce. primum attingam consensum cum emptoris , tum venditoris. Hunc intellige nudum : statim enim ac dictum , emptionem esse contractum juris gentium ; consequens fuit , consensum qualem qualem sufficere. Paulum audi *l. 2. §. 2. D. h. t.* Est , inquit , *emptio juris gentium , & ideo consensu peragitur.* Paulus cum simpliciter dicit consensum , qualemcumque designat : quia non alium desiderat jus gentium. Ea ratione negat , refert , utrum inter absentes consentiatur per nuncium , vel literas : an inter præsentis verbis , id est , quibuscumque verbis. Gajus *l. 2. §. 1. & 2. D. de oblig. & act.* ait , neque præsentia omnimodo opus esse , neque scripturæ , verborum ulla proprietate : id est , ulla propria formula : scriptura & verbis in emptione tantum ad consensus probationem spectantibus *l. 4. D. de fid. instrum.* Aliter atque in contractibus juris civilis : ut est stipulatio & contractus nominum ; in quibus formæ solemnitas est. nam stipulatio & solemnitas verba & præsentiam desiderat ; in nominibus autem præter certa verba , scriptura necessaria fuit. illud notum omnibus : hoc Theophilus tradidit *ad Tit. Inst. De lit. oblig.* Ut ad emptionem redeam , ait Justinianus , in ea nec dari quidquam , necesse esse ; sed satis esse , eos qui negotia gerunt , consentire *tit. Inst. De oblig. ex consensu.* et si in contractibus qui re contrahuntur , (nam huc respicit) contra observetur. Hoc vero in tantum probat Justinianus *pr. Inst. h. t.* ut ne arrham quidem desiderat : præfatus , quod arrhæ nomine datur , esse argumentum emptionis & venditionis contractæ. Gajus *l. 35. D. h. t.* sic exprimit : *Quod sæpe arrha nomine pro emptione datur , non eo pertinet , quasi sine arrha conventio nihil proficiat , sed ut evidentius probari possit , convenisse de pretio* Hæc : nisi contrahentibus

tibus in ingressu negotii placuit, emptionem redigi in scripturam: nam tum verat Justinianus, obligationem ante nasci, quam completum fuerit instrumentum: datque interim penitentiae locum l. 17. C. de fid. instr. non quod ea sit vis scripturae, solum ad probationem comparata; sed quod sedebat contrahentibus, exitum negotii rejicere ad tempus quo scriptura compleatur. At hoc sic consideratum, non est jus novum Imp. Justiniani: nam jam olim obtinuit, pactum, ne actio sit ante certum tempus, (ut in proposito, ne sit, nisi perfecta omni modo scriptura) servari cum in bonae fidei, tum in stricti juris, contractibus: ut demonstravi lib. sing. Ad Edictum, De pactis & transactionibus, cap. xi. & xii. Fuit hoc monendum; ne quem fallant sequentia Justiniani verba in d. l. 17. *Contractus venditionum vel permutationum vel donationum, quas intimari (non) est necessarium, dationis etiam arrharum, vel alterius cujuscunque cause, (quas tamen) in scriptis fieri placuit: transactionum etiam, quas in instrumento recipi convenit, non aliter vires habere sanciamus, nisi instrumenta in mundo recepta, subscriptionibusque partium confirmata; & super tabellionem conscribantur, etiam ab ipso completa, & postremo a partibus absoluta sint: ut nulli libeat priusquam hac ita precesserint, vel a scheda conscripta (licet literas unius partis vel ambarum habeat) vel ab ipso mundo, quod necdum est impletum vel absolutum, aliquod jus sibi ex eodem contractu vel transactione vindicare: adeo ut nec illud in huiusmodi venditionibus liceat dicere, quod pretio statuto necessitas venditori imponatur vel contractum venditionis perficere, vel id quod emptoris interest, ei persolvere. Quae tam in postea conficiendis instrumentis, quam in his quae jam scripta, nondum autem absoluta sunt, locum habere praecipimus.* Huc usque nihil novi: sed quod de arrhis deinde sequitur, Veteribus inauditum fuit. Verba Justiniani: *Illud etiam adicientes, ut in posterum si quae arrha super facienda emptione cujuscunque rei data sunt, sive in scriptis, sive sine scriptis: licet non sit specialiter adiectum quid super iisdem arrhis non procedente contractu fieri oporteat, tamen & qui vendere pollicitus est, venditionem recusans in duplum eas reddere cogatur, & qui emere pactus est, ab emptione recedens, datis a se arrhis cadat, repetitione earum deneganda.* Justinianus hac in parte loquitur de arrhis datis, nondum perfecta emptione in scriptis aut sine scriptis. quod autem in arrhis observari jubet, plane novum est: nam arrha olim plerumque erat pars pretii, & fere instar pignoris habebatur; donec integra fieret pretii solutio. hac facta, poterat arrha ab emptore repeti vel actione ex empto, vel condictione l. 11. §. 5. D. de act. empt. Sic: si fidem fervaret emptor. quid, si eum penitenter emptionis? jam fallebat quidem fidem: sed arrham idcirco non perdebat; nisi esset hoc venditor pactus l. ult. D. de leg. commiss. tantum poterat emptor actione ex vendito ad pretii solutionem conveniri: eaque facta, ei licebat arrham repetere actione ex empto vel condictione sine causa. e contrario quoque non tenebatur venditor, ob non servatum fidem, arrham duplam restituere; tantum poterat ab emptore actione ex empto ad id quod interest conveniri; eoque praestito arrham datam recipere. Haec obtinebant perfecta emptione. at Justinianus loquitur de imperfecta; in eaque jubet jam, emptorem ab emptione recedentem, arrham amittere, denegata ei repetitione: venditorem vero cogi, duplum reddere; etsi de hoc nihil pactum vel conventum sit. praeterea emptori ad hoc dat actionem: quam non nominat. ita verisimile est, dare condictionem ex lege. actio certe ex empto non est: non perfecta adhuc emptione.

Satis de consensu. venio ad pretium. est hoc (ut Varro lib. 5. De ling. Latin. p. 29. ait) quod aestimationis emptionisve causa constituitur: dictum a peritis, quod hi solum possunt facere recte id. Varro indicat, pretium esse quo res vendenda aestimatur; idque

in emptione esse necessarium. nimirum, quia non est venditori negotium, mercem abjicere, sed eam mutare pretio quo indiget: juvandus sic aequitate juris gentium. Nec alio it Justinianus §. 1. Inst. h. t. Pretium, inquit, constitui oportet. & sic praefatur: *Nam nulla emptio sine pretio esse potest.* Eodem sensu Diocletianus & Maximianus l. 9. C. h. t. scribunt: *Empti fides ac venditi sine quantitate nulla est.* Ajunt, sine quantitate, pro sine pretio, quod quantitate censetur. Hac ratione venditio, in qua non est pretium, dicitur tituli falsi figmentum l. 7. C. h. t. Paulo l. 55. D. eod. nuda & imaginaria venditio: additque Paulus, pro non facta esse, & ideo nec alienationem ejus rei intelligi. Modestinus l. 54. D. de oblig. & act. sic exprimit: *Contractus imaginarii etiam in venditionibus juris vinculum non obtinent, cum fides facti simulatur, non intercedente veritate.* Putemus igitur, pretii conventionem pertinere ad perfectionem formae emptionis: & hoc a Papiniano significari; cum ait, *Emptionis substantiam etiam ex pretio consistere l. 72. D. h. t.* Caterum, etsi pretium debeat constitui; non idcirco numeratum esse oportet. Clare Ulpianus l. 2. §. 1. d. t. *Sine pretio nulla venditio est. non autem pretii numeratio, sed conventio perficit sine scriptis habitam emptionem.* Nec male idem Ulpianus l. 16. D. de reg. jur. quae est ex lib. 21. Ad Sabinum. *Imaginaria venditio non est pretio accedente: id est, si de pretio sit conventum, non est imaginaria emptio, etsi pretium nondum sit solutum.* Speciem licet conficere ex l. 39. §. 2. D. de legatis lib. 1. quae est ex eodem lib. 21. Ad Sabinum. Ulpiano convenienter Diocletianus & Maximianus l. 9. C. h. t. *Placito pretio, non numerato, sed solum tradita possessione, istiusmodi contractus non habetur irritus: nec idcirco is qui comparavit, minus recte possidet, quod soluta summa quam dari convenerat, negatur.* Hoc: si pretium in venditione sit constitutum; nec additum, ne exigatur. quid si posuerit quis aliquod, donationis causa non exacturus? ait Ulpianus l. 36. D. h. t. non videri vendere. plane si minoris vendat donationis causa, quia utique pretium est, etsi non verum, & domino licet rem suam pluris aut minoris aestimare: putat Ulpianus l. 38. h. t. valere venditionem: & addit, toties in totum venditionem non valere, quoties universa venditio donationis causa facta est: non si res donationis causa viliori pretio distrahatur. Hoc inter ceteros: inter virum vero & uxorem, inter quos prohibita est donatio, venditio donationis causa pretio viliori facta, nullius momenti est. Similis observatio est, si quis fundum jure hereditario sibi delatum, ita vendidisset: *Erit tibi emptus tanti, quanti a testatore emptus est: & mox non emptus, sed testatori donatus, reperitur.* placet enim, & hic venditionem videri quasi sine pretio factam; ideoque similem esse venditioni sub conditione factae: quae nulla est, si conditio defecerit l. 37. h. t. Ut igitur emptio & venditio sit, oportet pretium esse constitutum: alioquin imaginaria emptio, sive simulatus contractus appellatur; eoque nullius momenti est: nisi fuerit donandi animus. quo casu donatio erit; cum emptio non sit l. 3. & l. 9. C. h. t. In primis vero id est, venditione nummo uno facta. nam & sic creditur magis pretii color, quam pretium, intervenisse. utique Ulpianus in locatione nummum unum vero pretio opponit, nullamque esse ejusmodi locationem putat. imo ait, si quis & conduxerit & rogaverit precario, ut possideret, si quidem nummo uno conduxerit, nullam esse dubitationem, quin ei precarium solum teneat l. 10. §. ult. D. de adq. possess. Similiter in l. 46. D. Locati. Si quis, inquit, conduxerit nummo uno, conductio nulla est: quia & hoc donationis instar obtinet: utique, si hoc actum est. exemplum ne deesset, apposui hoc ex Valerio Maximo lib. 5. c. 2. n. 10. M. Cornuto Praetore funus Hirtii & Pansejussu Senatus locante, qui tunc Libitinam exercebant, cum rerum suarum usum, tum ministerium suum gratuitum polliciti sunt; quia hi pro republica

dimicantes occiderant. perseverantique postulatione extuderunt, ut exequiarum apparatus festerio nummo ipsis praebentibus addiceretur. Idem vel simile in venditione nummo uno facta in hoc Vitruvii lib. 1. *De architect. c. 4. Areas divisit, nummo festerio singulis municipibus mancipio dedit.* Similiter Suetonius *Julio c. 50. Super alias donationes, inquit, amplissima praedia ex auctionibus hasta nummo addidit.* Hoc nec Justinianus fugit *l. ult. C. de donationib.* scribentem, solere donatorem dicere, vendo tibi rem illam festerio nummo uno. Curiose Brummerus *lib. sing. Ad Leg. Cinc. c. 14. pag. 222.* sic legit, eiectionis verbis, *assum quatuor.* Scio; abrogat Imperator formulæ hujus solemnitate: sed interim ante obtinuisse significat. Fuere Veteres imagine emptionis nummo uno factæ etiam alibi usi: expleturi subtilitatem aliter non expediendam, salvis finibus juris civilis. Exemplum apud Pomponium *l. 66. D. de jur. dot.* etiam in testamentis, inque adoptionibus & emancipationibus. sed abolitis a Justiniano scrupulositatibus, vix est hodie istis fictionibus opus. possunt nihilominus qui talibus delectantur, consulere Ravardum ad *l. 16. D. de reg. jur. Contium lib. 2. Disput. c. 21.* & Brummerum *d. loc.*

Oportet ergo in emptione pretium intervenire; sed certum. hoc plus pecuniarium. Primum certum esse pretium oportet *§. 1. Inst. h. t.* tale est, cujus quantitas aut nomine aut demonstratione nominis vicem habente intelligitur *l. 6. D. de reb. cred.* Sic valet hujusmodi emptio, quanti tu eum emisisti, quantum pretii in arca habeo. non enim est incertum pretium, tam evidente venditione. magis ignoratur, quanti emptus sit, quam in rei veritate incertum est *l. §. 1. D. h. t.* Idem est: si quis ita emerit, est mihi fundus emptus centum, & quanto pluris eum vendidero. itaque statim impletur. habet enim certum pretium centum: augetur autem pretium, si pluris emptor fundum vendiderit *d. l. 7. §. 2.* Contra Gajus *l. 35. §. 1. D. h. t.* vocat imperfectum negotium: cum venditor emere volenti sic dicit, Habebis emptum, quanti velis, quantum æquum putaveris, quanti aestimaveris, (id est, quantum arbitratus fueris: nam omnia idem valent *l. ult. C. h. t. l. 25. D. Locati. l. 11. §. 7. D. de legat. lib. 3. l. 46. D. fideic. libert.*) & non debet in arbitrium rei conferri, utrum sit obstrictus *l. 13. C. h. t. l. 8. D. de oblig. & act. l. 108. §. 1. D. de verb. oblig.* Sed hoc, ut ineretur, plenius tractandum; cum possit metui, ne Gajo molestus sit Ulpianus *l. 7. D. h. t.* Sit igitur quaestio; an sustineatur emptio, collata pretii definitione in arbitrium alterius contrahentium: puta, emptoris aut venditoris. quaestio vertitur, quid sit actum; quia potest dubitari, quid indigitet arbitrium. est enim ambiguum verbum: aliquando meram voluntatem significans, aliquando arbitrium boni viri: ut observatum a Proculo *l. 76. D. Pro socio.* Cum igitur quaeritur, an valeat emptio, collata pretii aestimatione in arbitrium unius contrahentium: multum refert, quid arbitrii appellatione designetur: quia refert, utrum sit certum fiat pretium, an maneat incertum. Mihi videntur contrahentes magis viri boni arbitrium, quam meram ejus voluntatem respexisse: ideoque non esse causam, cur valere non debeat emptio: certo pretio, ejus definitione sic in alterum contrahentium collata. Nec est, quod quis objiciat, non debere in arbitrium debitoris conferri, utrum sit obstrictus. Nam in proposito id non est: non electo mero emptoris arbitrio, sed arbitrio boni viri, id est, quodammodo ipsius æquitatis, cujus vice quasi fungatur emptor. Sic sane definit Ulpianus in *l. 22. §. 1. D. de reg. jur.* conjungenda cum *d. l. 7. h. t.* quando utraque est ex Ulpiani libro 28. Ad Sabinum, & eandem tractat speciem. Proinde si arbitretur emptor, sed inique: potest iniquitas corrigi boni viri arbitrio, ut in loco demonstrabitur ex *l. 76. & seqq. D. Pro socio.* quod si non arbitretur emptor, cum potest commode: debet perinde haberi, ac si arbitratus fuisset:

certa Juris regula, Quoties per eum, cujus interest conditionem non impleri, fiat, quo minus impleatur, perinde haberi, ac si impleta conditio fuisset *l. 161. D. de reg. jur.* Hoc fundamento nititur tenor *l. 3. C. de promiss. dot. & l. 30. D. de oper. libert.* nec minus disputatio *l. 7. D. h. t.* cujus sensum quaerimus. Ibi proponitur servi venditio facta hac conditione, Si rationes domini computasset arbitrio: & quaeritur, an valeat? putat Ulpianus, qua ratione? ait, Quod hæc venditio conditionalis est. venditiones autem conditionales tunc perficiuntur; cum impleta fuerit conditio. porro non unius generis sunt omnes conditiones. quædam sunt necessario exituræ: aliæ sunt incerti eventus. hæc sunt veræ conditiones: illæ non sunt *l. 9. §. 1. D. de novat. l. 18. D. de condit. indeb.* Quaeritur igitur, qualis habenda sit conditio, Si rationes domini computasset arbitrio? ait Ulpianus, quaestionem huc exire, quid significet arbitrium: utrum meram voluntatem, an arbitrium boni viri: hoc finitum & certum: illud incertum atque infinitum. Sed quid est? Ulpianus, Hæc, inquit, venditionis conditio (Si rationes domini computasset arbitrio) non sic accepta est a Veteribus; quasi sit, Si ipse dominus rationes putasset suo arbitrio: nam sic nulla esset venditio: quippe pendens a mera ejus voluntate; cum non debeat in arbitrium rei conferri, an sit obstrictus. placuit itaque Veteribus, id magis videri collatum in viri boni arbitrium, (quod est certum, nec moratur obligationem *l. 1. §. 1. D. de legat. lib. 2.*) quam in arbitrium domini, quod est incertum. Igitur (sic concludit Ulpianus) si rationes potuit accipere, nec accepit, vel accepit, fingit autem, se non accepisse: impleta conditio emptionis est, & ex empto venditor conveniri potest. At enim Gajus *l. 35. §. 1. D. h. t.* Illud, inquit, constat, imperfectum esse negotium: cum emere volenti sic venditor dicit, Quanti velis, quanti æquum putaveris, quanti aestimaveris, habebis emptum. Nisi a Gajo ibi adjicitur, ita jus esse: cum venditor hoc dicit emere volenti: & is oblata conditionem in continentem non acceptat, sed eam in medio relinquit. tum enim volens rem deinde ex intervallo aestimare, quanti æquum putaverit; nihil agit, invito venditore, quem jam poeniteat oblata conditionis: quia in continentem non accepta oblatione conditionis, non fuit consensus; & ut Gajus ait, imperfectum est negotium.

Dixi, quid juris sit, pretii definitione alteri contrahentium ab altero commissâ. Sequitur, quid obtineat, concessa tercio. puto autem, refert: utrum permissa sit viro bono in genere, an certæ personæ, puta, Lucio Titio. nam si generaliter sit delata viro bono, non monstrata persona certa; non placet, contrahi emptionem, aut conductionem: veluti, si dictum sit, Fundus tibi emptus, locatusve est, quanti alii aestimabunt, aut quanti vir bonus æquum putaverit, non facta relatione ad certam personam. Sic Gajus aut potius Tribonianus in *l. 25. D. Locati.* quæ videtur esse descripta ex *l. ult. C. h. t.* licet aliud se deat Hormano *lib. 5. Observ. c. 21.* Sed res apparet ex *d. l. ult.* Utrumque erit: Gajo scrupulum inficit hoc Marciani *l. 16. §. ult. D. de pignoribus:* Potest ita fieri pignoris datio hypothecæ, ut si intra certum tempus non sit soluta pecunia, jure emptoris possideat rem, justo pretio tunc aestimandam: hoc enim casu videtur quodammodo conditionalis esse venditio: & ita Divus Severus & Antoninus rescripserunt. Verum animadversum jam olim est ab Accursio, in pignore jus speciale placuisse favore debitorum: quo facilius reperiant creditores mutuam pecuniam daturos, quamquam etiam possit conventio de vendendo justo pretio postea aestimando, in pignore ideo subsistere: quia ea inhæret principali conventioni per se validæ: nec est absurdum, ea valente, valere accessoriam, quæ si sola esset, non valeret.

Sic: si pretium generaliter committatur alieno arbitrio. Quid, si convenerit, ut a certa persona, verbi gratia, Lucio Titio, definiatur? Hæc quaestio ut ex solido

solido intelligatur, scienda, meo iudicio, est in partes duas. una est, an conditio, Titio non arbitran- te deficiat. altera est, utrum eo arbitran- te aestimatio- ni debeatur fides; an contra ejus iniquitas, si qua sit, possit emendari arbitrio boni viri? Non abs re fue- rit, utramque excussisse. quod ad priorem attinet: ea pender à potestate verbi, *arbitrium*, quo duo notari, supra monui: primum, merum Titii arbitrium: de- inde arbitrium Titii, tamquam viri boni. illud coha- ret personae Titii, & habet conditionem: hoc semper certum est, eoque puram continet obligationem: eo quod aequitas naturaliter est certa, atque una omni- bus; licet ab hoc aut illo ignoretur *l. 1. §. 2. D. de le- gat. lib. 2.* pura, inquam, est, ut ut extrinsecus præ- ferat figuram conditionis: exemplo stipulationis fa- ctæ sub conditione omnimodo exitura: de qua di- ctum in superioribus. Igitur refert sciri, utram signifi- cationem in præsentia accipiamus. Et quidem de te- stamenti ita scribit Ulpianus *d. l. 1. §. 1. D. de legat. lib. 2.* Sed cum ita legatum sit, pupillo sive pupilla, Ar- bitrio tutorum, neque conditio inest legato, neque mora: cum placeat, in testamentis legatum in alterius arbitrium collatum, pro viri boni arbitrio accipi: qua enim mora est in boni viri arbitrio, quod injectum le- gato velut certam quantitatem exprimit, pro viribus videlicet patrimonii. Observanda sunt Ulpiani ver- ba: confirmantis, sic placuisse in testamentis; & opi- nor, specialiter, quare ad emptionem & venditionem id transferre non ausim: cum præsertim in stipula- tionibus contrarium obtinere, idem auctor sit Ulpia- nus *l. 43. D. de verb. oblig.* eique suffragetur Paulus *l. 44.* mox sequente. Non me urit: quod stipulatio est stricti juris: nostra autem disputatio est de emp- tione venditione quæ est bonæ fidei. nam & in socie- tate quæ similiter est bonæ fidei, idem censet Celsus *l. 75. D. Pro socio*: Si, inquit, coita sit societas his partibus quas Titius arbitratus fuerit: si Titius ante quam arbitraretur, decesserit, nihil agitur: nam id ipsum actum est, ne aliter societas sit, quam ut Titius arbitratus sit. Sic in societate Celsus: nec aliter in emptione Justinianus *l. ult. C. h. t.* & in locatione Ga- jus, a Triboniano interpolatus *l. 25. D. Locati.* Dif- ferentiam recognoscis, nondum rationem: ideo- que miraris, aliud recipi in testamentis, aliud in con- tractibus. nam si utrimque iisdem utimur verbis: cur est utrimque diversa eorum potestas? Ut tuæ suc- curram hæitationi: quæso, sic putes, differentiam testamenti & contractus in proposito non ex verbis, sed ex sententia verbis utentium, explicari oportere. nec est id difficile demonstratu: scientibus, contra- ctus aestimari consensu contrahentium: testamenta unius voluntate testatoris absolvi. porro in contractu agi, ut obligetur alter, sæpe ignotus; denique neu- trum studere alteri, sed utrumque sibi. at in testa- mento a testatore exerceri liberalitatem erga bene meritos. ita late accipimus ejus voluntatem *l. 12. D. de reg. jur.* quasi appellatione arbitrii Lucii Titii, non tam iudicium ejus elegerit, quam æquitatis: quæ una omnibus, persona Lucii Titii non circumscri- bitur. e diverso strictè intelligimus contractus: quia quærentes utriusque voluntatem, oportet liberationi indulgere potius, quam obligationi *l. 47. D. de ob- lig. & act.* atque eo iustius: quod in creditoris po- testate fuit, apertius loqui *l. 99. D. de verb. oblig.* promissior contra non videtur consensisse, nisi in sensum, ipsi minus nociturum. Sed demonstra- tum est discrimen inter testamenta & contractus: nec minus liquet, valere emptionem, pretii definitio- ne arbitrio certæ personæ, verbi gratia, Lucii Ti- tii, concessa, si is arbitratus sit: alioquin nihil actum putari.

Altera quæstio est: si arbitratus quidem sit Lucius Titius, sed inique: utrum emptor tum omnimodo teneatur præstare quod arbitratus sit Lucius Titius, an nihilominus possit petere, Titii iniquitatem boni viri arbitratu emendari. Hæc quæstio æque, ac supe- rior, pendet a significatione verbi, arbitrium, tam

plenum Titii arbitrium, quam arbitrium boni viri complectentis. Mihi vero sedet hac in specie magis viri boni arbitrium, quam merum Titii arbitrium, accipere: quasi emptor eo gravatus arbitrio, no- luerit, nisi Titio æquum arbitrato, obligari. sic in societate, id est, in bonæ fidei contractu, definit Celsus *l. 76. & seqq. D. Pro socio.* nec video, cur in emptione, quæ æque bonæ fidei est, contra cen- seam. Habes meam sententiam, quamquam non omni vacuum difficultate. Primum potest ambigi: unde intelligatur, nominato Lucio Titio, magis ele- ctum esse boni viri arbitrium, quam meram Lucii Titii voluntatem. Deinde, si volumus, Titio arbi- trante, electum putari boni viri arbitrium: cur ali- ter dicimus: si arbitratus non sit: cum utrimque ea- dem sint contrahentium verba; ideoque aut utraque in specie, aut in neutra, boni viri arbitrium spectari oporteat. postremo, ut superiora non obstant; ta- men impleta conventionis conditio, eam sine ex- ceptione servari, clare constituit Justinianus *l. ult. C. h. t.* nescio, an exemplo compromissi: in quo sen- tentiam arbitri, sive æquam sive iniquam custodiri, tuo loco apparuit. Indicavi difficultatem. petis tolli. Quod ad primam attinet: illa parvi momenti est. cum enim constet, arbitrium non minus boni viri ar- bitrium, quam meram voluntatem significare: an miramur, assumi hanc aut illam, prout suadere vi- detur res & loquentium sententia? At ratio vetat, eadem verba in eodem contractu aliter atque aliter accipi. Recte: nisi id velit contrahentium voluntas: ad quam non minus, quam ad verba, attendi in bonæ fidei contractu, & bona fides, & summa ra- tio, postulat. Hoc igitur restat; cur putetur aliud agi, non arbitran- te Titio, aliud, cum est inique ar- bitratus. Tu vero sic tibi persuadeas, esse unam ra- tionem atque optimam, quæ utraque in specie ver- bi significationem separat. ea ratio est: quod utro- bique actum; ne promissor, emptor, verbi gra- tia, aliter quam voluit, obligetur. sane, cum emptio constet ex duorum voluntate; in ea non spectan- dum modo est, quid cogitarit venditor qui legem dedit contractui: sed etiam, quid voluerit emptor qui legem accepit: ejus vero talis procul dubio fuit cogitatio; ne sit obligatio, ubi non arbitratur Ti- tius: & contra, ne eo arbitran- te alias obligetur, quam iuste. sic enim fit: ut non obligetur, cum potest li- berari: & ubi necesse est, cum obligari; ut quam levissime teneatur. Non obstat; quod ex adverso dictum de effectu impletæ conditionis per arbitrium Titii. Non enim oportet effectum esse alium, quam foret; si pretium ab ipsis contrahentibus fuisset con- stitutum. quo casu potuissent se invicem in pretio circumvenire *l. 16. §. pen. D. de minoribus.* ut tamen, immodica læsio, qualis hodie est quæ egreditur di- midium iusti pretii, officio iudicis ex bona fide judi- cantis, emendari possit, igitur idem putetur; si emptor vel arbitrio Titii immodice læsus esse dicatur. Hoc in societate visum Celso, suadente æquitate ju- dicii bonæ fidei *l. 78. D. Pro socio.* nec succurrit; cur in emptione quæ etiam bonæ fidei est, minus obti- neat. At Justinianus prohibet *l. ult. C. h. t.* verbis subjectis: *Sancimus, cum huiusmodi conventio su- per venditione procedat, quanti ille aestimaverit, sub hac conditione stare venditionem, ut si quid ipse qui nominatus est, pretium definierit, omnimodo secun- dum ejus definitionem & pretia persolvi, & venditio- nem ad effectum pervenire.* Sed videamus, ne Ju- stiniano sit consilium, tantum tollere quorundam Veterum dubitationem; utrum pretium Titii arbi- trio certum fiat, & venditio perficiatur. nihil aliud intendit Justinianus. Proinde, si quis ulterius quæ- rat; an emptore læso Titii arbitrio, iniquitas possit corrigi arbitrio boni viri: id ex hac lege, in qua nil tale, minime peti debet. Nisi Justinianus jubet, pretium omnimodo persolvi secundum Titii defini- tionem. Verum id, omnimodo, civiliter intelli- gendum est: ut verbum, *quilibet*, in *l. 6. D. de*

servit. & alia alibi. Postremo nihil facit argumentum a compromisso desumptum. cum arbitrium duplicem habeat significationem, inspicere debet, quid actum sit. agitur autem in compromisso: ut siue æquam, siue iniquam, sententiam dicat arbiter, ei stetur. quod in proposito non esse, jam demonstratum est.

At pretium non tantum certum esse oportet: verum etiam consistere in pecunia numerata §. 2. *Inst. h. t.* nam si in alio constituitur, non est emptio, sed rerum permutatio putatur. Olim confusus fuit uterque contractus, non invento adhuc nummo: cujus publica ac perpetua æstimatio difficultatibus permutationum æqualitate quantitatis subveniret. eo invento & percussio forma publica, distinctus est uterque contractus. alter emptio venditio, alter permutatio, appellatur. in hoc uterque emptor & venditor: utrumque merx & pretium dicitur. in illo alius emptor, alius venditor: nec ultra merx utrumque, sed alterum pretium, vocatur. Sic in *l. 1. h. t. & planissime in l. 5. §. 1. D. de præscr. verb. Si quidem*, inquit, *pecuniam dem, ut rem accipiam; emptio & venditio est: sin autem rem do, ut rem accipiam: non placuit, permutationem rerum emptionem esse.* Hoc: si simpliciter contrahatur. quid, si placeat contrahentibus, re data, ut res detur, emptionem venditionem dicere: aut, pecunia data, ut res detur, permutationem? Jam pridem ostendi *lib. sing. Ad Edict. De pactis & transact. c. 19.* esse rationis, ut contrahentes ab initio quem velint, ineant contractum; modo servant formam ei a jure civili datam: at ut mutata forma, non mutetur contractus, non esse rationis. Igitur secundum hoc putemus, re data, ut res detur, numquam emptionem dici; sed rerum permutationem. Fuisse tamen inter Sabinianos & Proculianos de hoc dubitatum in *l. 1. §. 1. h. t.* indicant sequentia Pauli verba: *Sed an sine nummis venditio dici hodieque possit, dubitatur: veluti si ego togam dedi, ut tunicam acciperem.* Sensus Pauli est, si habeam animum emendi tunicam, nummos non habeam, & togam dem nummorum loco: fuisse quaesitum, an idcirco, quod inter contrahentes agitur, ut emptio sit; possit emptio fieri. Et ait Paulus, Sabinum & Cassium putasse; ideo quod hanc spectant contrahentes; & præterea existimasset sic Homerus in adductis ab eo locis. Verum Nervam & Proculum contrariam tenuisse viam, eamque veriolem: arbitratos, formam contractus, jure civili rerum expediendarum gratia prudenter ordinatam, ne difficilior fiat earum explicatio, rursus confundi non oportere. Hoc Nervæ & Proculi argumentum Paulus sequentibus comprehendit verbis, *Nam ut aliud est vendere, aliud emere, alius emptor, alius venditor: sic aliud est pretium, alia merx: quod in permutatione discerni non potest, uter emptor, uter venditor sit.* Imp. Justinianus §. 1. *Inst. h. t.* ipsum in hunc refert modum: *Diverse scholæ auctores contrahentibus sentiebant: aliudque esse existimabant permutationem, aliud emptionem & venditionem: alioqui non posse rem expediri permutatis rebus, quæ videatur res venisse, & quæ pretii nomine data esse. nam utramque videri & venisse & pretii nomine datam esse, rationem non pati.* Igitur sic brevissime Diocletianus & Maximianus *l. 7. C. de rer. permut. Emptionem rebus fieri non posse, pridem placuit.* Cæterum permutationem quam in superiore specie fecimus, etsi non sit emptio, tamen habere effectum emptionis & venditionis non absimilem, egregie observat Gordianus *l. 1. C. de rer. permut.* Therasæ cuidam ita rescribens: *Si cum patruus tuus venalem possessionem haberet, pater tuus pretii nomine, licet non taxata quantitate, aliam possessionem dedit: idque quod comparavit, non injuria Judicis, nec patris tui culpa evictum est: ad exemplum ex emptio actionis non immerito id quod tua interest, si in patris jura successisti, consequi desideras. At enim si cum venalis possessio non esset, permutatio facta est, idque quod ab adversario præsti-*

tum est, evictum est: quod datum est, si hoc elegeris, cum ratione restitui postulabis. Patruus Therasæ venalem habebat possessionem, siue fundum, eam possessionem Therasæ pater, cum vellet emere, nec haberet numeratam pecuniam, pretii nomine, id est, pro numerata pecunia, aliam dedit possessionem inæstimatam; vel, ut Gordianus loquitur, non taxata quantitate. deinde possessio a patruo tradita Therasæ patri, ei evicta est, non injuria Judicis, neque culpa patris Therasæ. (id est, ut dicitur in *l. 8. §. 1. C. de evict.* est evicta juris ratione) Mortuo deinde patre, Therasa successit in ejus jura: id est, facta est ejus heres. quaeritur, qua actione illa experiri debeat. causa quaerendi, qualis sit contractus: utrum emptio & venditio, an rerum permutatio. Aliquis dicat, contrahentes hinc tradita venali possessione, inde alia possessione pretii nomine contrahere. voluisse, emptionem & venditionem contrahere. argumentumque esse, quod Therasa a Gordiano tantum una conceditur actio ad id quod interest, exemplo actionis ex empto: in qua sic observatur re evicta: cum evicta re permutata, etiam danda foret condictio ob causam dati causa non sequuta. Sed non est ita: contra placet Gordiano, non esse emptionem & venditionem, sed esse permutationem, emptionis forma, ut dictum, pretium certum & pecuniarium, desiderante. At enim evicta re permutata, non minus condictio ob rem dati obtinet ad dati repetitionem, quam actio præscriptis verbis ad id quod interest. Sit ita, integra permutationis natura, & nullo pacto infracta: sed in præsentiarum talis non est. nam data venali possessione, & invicem alia possessione pretii nomine data, creditur inter contrahentes agi; ut permutatio non suis, sed emptionis, regulis æstimetur. Sic ergo fit, ut Therasa in proposito non detur condictio ob causam dati causa non sequuta: sed actio præscriptis verbis ad id quod interest. Gordianus sic exprimit: Therasam ad exemplum actionis ex empto, id quod ejus interest consequi non immerito desiderare. Vere & meditare: nam actiones præscriptis verbis, pendentes ab innominatis contractibus, omnes dantur ad exemplum civilium actionum, ut empti, mandati. Ita in summa putat Gordianus, si venalis fuerit possessio, animum contrahentium fuisse, permutationem confingere ad imaginem emptionis venditionis: in qua condictio ob causam dati causa non sequuta cessat: sicut cessat poenitentia. at si non fuerit venalis possessio; non videri contrahentes de informanda permutatione cogitasse: ideoque evicta possessione, licere Therasæ, quasi integro jure permutationis, prout elegerit, agere vel actione præscriptis verbis, vel condictione ob causam dati causa non sequuta.

Ostendi, quod in emptione venditione res pro re dari nequit. E diverso quaeris: an pecunia data, ut res detur, permutatio videri possit: si quidem pecunia pro corpore habeatur? Mihi non placet, etsi putent Doctissimi Interpretes, propter sequentia Celsi verba ex *l. ult. D. de condict. caus. dat. caus. non sequunt.* *Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares: utrum id contractus genus pro portione emptionis & venditionis est: an nulla hic alia obligatio, quam ob rem dati, re non sequuta? in quod proclivior sum.* Sed vereor: ne corruptus sit Celsus, & sic restituendus: *Dedi tibi peregrinam pecuniam.* Sic emendavi olim; & sensum demonstravi *lib. 4. Probabilium c. 4.* Sequentibus quoque Celsi verbis, *Utrum id contractus genus pro portione emptionis & venditionis est,* sane obscuris, ne diutius offenderent, lucem dedi *lib. 1. Observ. c. 17.* Illud nescio, an addam, quod pretio in ingressu contractus constituto pecunia numerata, & pro ea deinde venditori consentienti re in solutum data, nil impedit, quo minus salvus maneat emptionis contractus. imo sic cuidam Domitio rescribunt Diocletianus & Maximianus *l. 9. C. de rescind. vend. Pretii causa non pecunia numerata, sed pro ea pecoribus in solutum consentienti datis, contractus*

non constituitur irritus. Optime : nam emptionem non pecuniæ numeratione censemus ; sed conventionē de ea numeranda. quemadmodum solēmus contractuum formas magis ex eo quod in contrahendo placuit ab initio , quam ex hoc quod postea insequutum est , distinguere *l. 1. §. 13. D. Depositi. l. 8. D. Mandati.*

Ne hoc quidem silere me hic oportet : quod ut emptionis pretium consistat in pecunia numerata ; tamen pecuniæ numeratæ potest accedere conventio rei aut facti ; & consequenter actio ex vendito æque ad ejus atque ad pretii præstationem competere ; cum & res & factum quasi pars pretii habeatur : postquam placuit , pacta conventa in continenti bonæ fidei contractibus. adjuncta , iis contineri. Sed hoc apparet ex *l. 79. D. h. t. l. 6. §. 1. l. 21. §. 4. l. 28. D. de act. empt.*

Ordo quem mihi proposui , me deduxit ad mercem pro qua pretium constituitur : emptore non magis agente , ut pecuniam jactet ; quam venditore , ut perdat mercem. sed uterque destinat , sibi consulere mercis & pecuniæ permutatione. proinde non potest emptio venditio intelligi sine re quæ veniat *l. 8. h. t.* & si consensum fuerit in corpus, quod ante venditionem in rerum natura esse disierit, placet Paulo , nullam emptionem esse *l. 15. d. t.* Pone ex *l. 57. eod.* domum emi, combustam ante venditionem perfectam, cum ego & venditor combustam ignoraremus : dicit Paulus, nihil venisse : id est, nihil fuisse quod venderetur ; venditionemque sine re quæ veniat, non consilire. Atqui area, quæ est præcipua domus pars, mansit post incendium. Quasi emptor domus aream cogitarit, non domum areæ impositam : sed ut area domus pars, etiam præcipua fuerit, quæ idem constabat domus : tempore venditionis non erat pars domus quæ, tum nulla erat. Non igitur valet venditio domus ante combustæ, quia nihil venit. utique, si combusta sit domus tota. quod, si pars mansit : ait Paulus, multum interesset, quanta pars permaneat. nam si quidem amplior pars exusta est ; (quia pleraque majore censetur parte) emptorem non compelli, emptionem perficere : contra reperitur quod solverit. sin vero vel dimidia pars, vel minor, quam dimidia, exusta fuerit : jam subsistere emptionem, quasi exstet domus, cujus pars dimidia aut major exstat : ideoque coarctandum esse emptorem, emptionem adimplere, æstimatione viri boni arbitrati habita : ut quod ex pretio propter incendium decrescere fuerit inventum, ab hujus præstatione liberetur. Hæc ex vero Paulus *pr. d. l. 57.* at quæ in *§. 1. & seqq.* nobis sub Pauli nomine obtruduntur, falsa atque inextricabilia esse, a quocumque scripta sint, demonstravi *lib. sing. De form. emend. dol. mal. c. xi.* idemque judicavi de his, quæ ibidem sunt subiecta ex Papiniano *l. 58.* Cæterum quæ ex Paulo tradidi, illis ob stare creditur hoc Marciani *l. 44. D. h. t. Si duos quis servos emerit pariter uno pretio quorum alter ante venditionem mortuus est, neque in vivo constat emptio.* Sed non obstat : refert enim, utrum vendita sit res una cujus pars perierit ; an venditæ sint duæ quarum altera non existerit. nam ut unius rei pretium liquet ; sic ejus pars non est difficilis æstimatu. at ex duobus servis uno mortuo, non est facilis alterius æstimatione, utpote pendens ab affectione utriusque contrahentium ; quæ potest fieri, ut alter ab emptore, alter a venditore, pluris æstimetur. sic cum de æstimatione non conveniat inter utrumque : magis placuit, emptionem propter mortuum esse nullam, quam valere propter superstitem. Dices, pacti obscuritatem, si quæ in emptione deprehendatur, venditori nocere ; & ita Paulum arbitrari *l. 21. D. h. t.* verba Pauli : *Labeo scripsit, obscuritatem pacti nocere potius debere venditori, qui id dixerit, quam emptori : quia potuit re integra apertius loqui.* Sed apparet, Paulum agere de ambiguitate verborum, si quæ ab initio fuerit in pacto, seu lege, venditionis : quam legem a venditore

dari, alibi observat Jacobus Cujacius *lib. 23. Observ. c. 31.* ea porro lex quam dixit venditor, si obscura sit, ait Paulus, ejus obscuritatem potius venditori nocere : quia potuit, re integra, apertius loqui ; & si non fecit, imputet sibi. Verum hoc ad rem propositam non pertinet. nam ubi duo servi veniunt uno pretio ; re integra, nihil est ambiguum ; nihil quod venditori imputetur. proinde duobus servis uno pretio venditis, & altero perempto ante perfectam venditionem ; irrita est venditio : nulla ratione, cur melior sit emptoris, quam venditoris, conditio, aut contra.

Igitur in *l. 8. h. t.* (huc enim redeo) ait Pomponius, nec emptionem, nec venditionem sine re quæ veniat, intelligi. sentiens tamen hoc recipere dubitationem, & duplicem, utrique occurrendum credidit. prior est : quod fructus & partus futuri quotidie emuntur & venduntur : ut ut nulli sint, antequam nascuntur : adhuc potest fieri, ne nascantur. utroque vero casu emptio sine re erit. vides difficultatem. Quid Pomponius ? putat, venditionem futurorum fructuum quasi conditionalem esse : nam ei vi ipsa inesse conditionem, si fructus nascantur *l. 1. pr. & §. ult. D. de condit. & demonstr.* conditionales autem venditiones tunc perfici, cum impleta fuerit conditio. quapropter si non nascantur fructus, negat, emptionem esse, deficiente conditione *l. 7. D. h. t.* contra ait, si nascantur, perinde haberi, quasi jam tum, cum contractum est negotium, venditio facta intelligatur *d. l. 8.* Quid, si egerit venditor, ne nascantur ? placet Pomponio, ex empto agi posse, quasi impleta conditione *d. l. 8.* & recte : est enim Jure Civili receptum, quotiens per eum cujus interest conditionem impleri, sit quo minus impleatur, ut perinde habeatur, ac si impleta conditio fuisset *l. 24. D. de condit. & demonstr.* Sublata est prior hæsitatio. Altera a Pomponio *§. 1. d. l. 8.* sic proponitur : *Aliquando tamen & sine re venditio intelligitur : Veluti, cum quasi alea emitur.* Pomponius aleam vocat rem incerti eventus. distinguit autem quasi aleam a vera. hæc legibus improbata & verita : illa non ; ut dictum *lib. xi. tit. v. De aleatoribus.* Exemplum quasi aleæ Pomponio ; *cum captus piscium, vel avium, vel missilium, emitur.* Missilia vocat munera a Principe aut Magistratibus jactari aut spargi solita. res nota ex *§. 45. Inst. de rer. divis. & Suetonio Caligul. c. 18. & Neron. c. xi.* Emitur vero captus missilium, cum emitur quod ex missilibus sparsis jactisve capietur. cætera sic exprimit Ulpianus *l. 11. §. ult. D. de act. empt. Cum futurum jactum retis a piscatore emimus, aut indaginem plagis positus a venatore, vel pantheram ab aucupe.* Jactus, qui & bolos, emitur, cum a piscatore emuntur pisces jactu retis extrahendi. qualis empti jactus mentio apud Apulejum, *Apolog. & Suetonium, lib. De clar. Rhetorib.* Indago plagis positus emitur a venatore ; cum emitur quidquid ferarum includitur & capitur indagine, positus plagis, seu retibus, quibus saltus cingitur : sic indago accipitur apud Virgilium *lib. 4. Aeneid. vers. 121. Saltusque indagine cingunt.* Postremo emitur ab aucupe panthera ; (quæ Varroni *lib. 4. D. ling. Latin.* est genus retis) cum ab eo emuntur aves panthera capiendæ. Expositis Pomponii verbis, apparet casus de quo ambigitur. quæstio igitur est ; cum emitur jactus retis, aut indago positus plagis, aut panthera, aut captus missilium, an sit emptio : causa dubitandi, an sit merx. quid enim emitur & venditur, nisi alea ? Apulejus *d. loc.* dicit fortunam jactus : Ulpianus *l. 11. D. de hered. vend.* ait, incertum rei venire. ita agitur ; ut emptio sit, etiam si nihil inciderit : id est, sine re : quod regula juris non patiatur. Atque ita est prima facie. sed Pomponius, re penitus inspecta, negat, regulam hac emptione offendi : eo quod est spei emptio : quæ, ut a Seneca *Epist. 10.* appelletur incerti boni nomen, est aliquid, atque æstimabile a peritis. ita valet emptio quasi aleæ : quia non est sine re quæ veniat. quid ergo, si ven-

venditor nolit jactare rete ? recte ait Celsus , incertum ejus rei aestimandum. & si quod extraxit piscium, nolit reddere , aestimari debere quod extraxit *l. 12. D. de act. empt.* quia id venditum. quid, si nihil inciderit ? jam exitus non habet mercem, spe sublata : sed sufficit , mercem ab initio fuisse ; & si esse desiit , periisse emptoris periculo : ita nihilominus hic tenebitur pretium prestare *l. 11. §. ult. D. de act. emp.* Illud quale quod in fine *§. 1. d. l. 8.* ait Pomponius, *Quod missilium nomine eo casu captum est, si evictum fuerit, nulla eo nomine ex empto obligatio contrahitur : quia id actum intelligitur ?* Tu puta , esse actum , ut habeat emptor captum. at captum intelligitur quod potest retineri. nam si nequit retineri , non videtur captum , quia non est cum effectu captum. ergo si quid evictum sit , quia non intelligitur captum ; non tenetur venditor evictionis nomine : quasi id actum sit.

Præter superiores dubitationes est & sequens ; an res incorporales , ut servitus , hereditas , actio , emi & vendi possint. movet, quod in jure consistunt, & tantum animo concipiuntur ; at tangi nequeunt : sic vero metus fuerit , ne his venditis , non sit merx : sine qua emptio venditio nulla est. Sed aliud placuit ; quia servitus , hereditas , actio, similia jura incorporalia , etsi non possint tangi , nec extent citra nostram fictionem : quatenus tamen sub cogitationem cadunt , & animo concipiuntur, esse intelliguntur ; & ut ne sic quidem sint res corporales , nihilominus res incorporales appellantur , ideoque venditæ pro merce habentur , & valet earum emptio venditio, ex qua empti & venditi agi potest. ita sub hoc Titulo Labeo *l. 80.* de servitute prædii ; sicut de utroque servitutis genere actum supra *lib. 7. §. 8.* de hereditate vero & actione vendita agetur infra proprio Titulo.

Putemus igitur , emptionem & venditionem præter pretium , etiam mercem desiderare. At qualem ? omnem quæ non prohibeatur emi & vendi. huc ite sequens Rubricæ pars, *Quæ res venire non possunt.* significat enim , si queratur , quæ res vendi possint , inquirendum esse , quæ emi & vendi prohibeantur : intellectis enim his , reliquas emi & vendi recte. Hoc & Paulus intendit *l. 34. §. 1. D. h. t.* verbis subjectis. *Omnium rerum quas quis habere vel possidere vel persequi potest, venditio recte fit : quas vero natura vel gentium jus vel mores commercio exuerunt, earum nulla venditio est.* Paulus ait, aliquas res commercio eximi jure gentium , aliquas moribus civitatis. Ad jus gentium refero hominem liberum : nam libertas est juris gentium *l. 4. D. de just. & jur.* eoque hominem liberum, quamdiu est talis , extra commercium esse, æquum est. idem puta de rebus sacris & religiosis : nam & religio juris gentium *l. 2. D. d. t.* quid ni igitur res sacræ ac religiosæ eo jure neque æstimationem recipiunt *l. 9. §. ult. D. de rer. divis.* neque alienationem *l. 73. D. h. t.* Moribus civitatis extra commercium habentur res publicæ ; maxime quæ in usu publico sunt : ut campus Martius , forum , theatra , basilica. cæteræ quæ in pecunia, seu patrimonio publico , emi & vendi possunt. Omnium igitur rerum quas natura vel gentium jus vel mores civitatis commercio exemerunt , ait Paulus, nullam venditionem esse ; & si vendantur , nullam nasci actionem : sive pure vendantur , sive sub conditione, quamvis constet , res futuras emi posse ; videlicet, quia fas non est , hujusmodi casus expectare *d. l. 34. §. 2. h. t.* Hoc inter scientes. Idem , si emptor scit , cum venditor ignorat *l. 70. D. h. t.* certo , ubi non tenet contractus, ibi nec actionem esse : hic eo justius, quia sic nemo læsus fraudatusve est *l. 6. D. h. t.* Quid , si inter ignorantes aut certe ignorante emptore contracta sit venditio rei commercio exemptæ, liberi hominis , verbi gratia ? Videtur a Veteribus in Fori Disputatione fuisse dubitatum ; quod ab una parte staret juris regula , venditionem hominis liberi improbens : ab altera æquitas , ignorantia indul-

gens , propter difficultatem dignoscendi hominem liberum a servo , eadem utriusque figura *l. 5. h. t.* Atque hoc magis placuisse , auctorem habeo Licinium Rufinum lib. 8. Regularum , ex quo sequentia adscripti verba *l. 70. h. t.* *Liberi hominis emptionem contrahi posse, plerique existimaverunt : si modo inter ignorantes id fiat. quod idem placet, etiamsi venditor sciat, emptor autem ignoret.* Quid sic Licinius Rufinus ? indigitat, plerisque Jurisconsultos in Fori disputatione , in qua ea res vertebatur , sic existimasse. Idemque opinor significari a Papiniano *l. 44. D. de usurp. & usucap.* cum ait, *Hoc in homine libero placuisse.* Ubi ? nempe in Fori Disputatione. Addit Papinianus : *Ibi propter assiduam & cotidianam comparationem servorum ita constitui publice interfuit, nam plerumque ignorantia liberos emimus.* Sic Papinianus ac vix dubito , quin a Jurisconsultis hoc constitutum fuisse opinetur : nam & hos statuere , & constituere, ipsorumque sententias dici constitutiones , evici supra sub Titulo *De just. & jur.* Non igitur valet emptio hominis liberi recto & subtili jure : ne propter ignorantiam quidem aut utriusque , aut emptoris solius : ideoque neutro casu nascitur directa ex empto actio. visum tamen Prudentibus , dare ex empto actionem , perinde ac si is contractus valeret. Hoc, ne explicationi desit auctoritas, præ se fert Modestinus lib. 5. Regularum ; nam ex illo libro est *l. 62. §. 1. d. t.* Verba Modestini : *Qui nesciens loca sacra vel religiosa vel publica pro privatis comparavit, licet emptio non teneat ; ex empto tamen adversus venditorem experietur ; ut consequatur, quod interfuit ejus, ne deciperetur.* Sensus Modestini est, Licet subtili & directo jure non valeat emptio loci sacri a nesciente facta, ideoque non competat directa ex empto actio ; tamen postquam placuit Jurisconsultis , emptionem intelligi, (ut nominatim loquitur Pomponius *l. 4. D. h. t.*) adhuc ager emptor utili ex empto actione adversus venditorem : ut consequatur quod ejus interfuit, ne deciperetur. Sic censeo ; atque hanc actionem esse utilem, jam demonstravi *lib. De form. emend. dol. mal. c. xii.* Hoc : si venditor scivit , emptor ignoravit. sed aliud est : si uterque ignoravit. nam vel hoc casu valere emptionem ex Licinio Rufino dictum. quamquam non hoc fine : quasi emptor quod sua interfuit, consequatur ; ut in superiore specie : sed ut emptor pretium si quod solverit , a venditore recipiat : quasi non patiat bona fides (quod in alio casu ex Juliano observatum ab Ulpiano *l. 11. §. ult. D. de act. empti.*) emptorem in tali contractu non habere rem ; & pretium a venditore retineri. Illud in universum retinendum est in omnibus quæ commercio sint exempta , venditionem, quamvis inter ignorantes factam, numquam usque eo valere ; ut in emptorem transferantur. Sic de filiis a patre venditis clare Diocletianus & Maximianus *l. 1. C. de patrib. qui fil. suos distraxer.* una erat exceptio ; si id fieret contemplatione extremæ necessitatis , aut alimentorum ; & tamen ne sic quidem statui ingenuitatis eorum præjudicari , docet Paulus *lib. 5. Sentent. tit. 1.* Sed ex Constitutione Imp. Constantini restricta hæc exceptio est ad liberos sanguinolentos, id est , recens natos, & a matre adhuc rubentes *l. 2. C. eod. tit.* de qua scripsi, *Julio Paulo, sive de partus expositione & nece c. 5.*

Præter hæc notatu dignum est : quod Ulpianus scribit *l. 22. & 24. D. h. t.* (quæ sunt conjungendæ, ut sunt ex eodem lib. 28. Ad Sabinum) venditionem rei sacræ vel religiosæ tunc demum non subsistere ; cum quod venditur , omne religiosum vel sacrum vel publicum est : quia sic principaliter venditur res sacræ vel religiosæ : sed non esse idem ; si modicus locus sacer vel religiosus emptioni rei majoris accedit. pone ; in fundo qui venit , est sepulchrum aut modicus locus sacer : is locus non excipitur lege venditionis. non specialiter venit locus sacer aut religiosus : sed fundus profanus cui is locus adhæret ; ideoque esse ex empto actionem , Ulpianus ait. Et commode Paulus *l. 62. D. de adq. rer. domin.* *Quedam, inquit,*

quæ non possunt sola alienari, per universitatem transeunt, ut fundus dotalis & cuius quis commercium non habet. Est & aliud exemplum in hoc Taciti lib. 1. *Annal. c. 73.* Nec contra religiones fieri, quod effigies ejus (Augusti) ut alia numinum simulachra venditionibus hortorum & domuum accedant.

Præter res religiosas, factas, publicas, & homines liberos de quibus dixi, prohibentur etiam aliæ res emi & vendi Codicis lib. iv. Titulo xl. qui est, *Quæ res venire non possunt.* item Titulo xlii. *De eunuchis*, & Titulo xli. qui est, *Quæ res exportari non debeant.* qui legi possunt. ex postremo solâ apponam l. 1. cujus rationem merito quis miretur. Verba sunt: *Ad barbaricum transferendi vini, olei, & liquaminis nullam quisquam habeat facultatem: nec gustus quidem causa aut usus commerciorum.* Sed delinet mirari: jam animadverso, Imperatores spectare ad quietem Reipublicæ, in eo sitam; ne barbari dulcedine frugum illecti, deinceps invadant terras imperii Romani, illarum feraces: quod a Gallis olim factum, ex Livio lib. 5. c. 33. primitis observavit plurimæ Vir eruditionis Andreas Alciatus, lib. 4. *Dispunct. c. xi.* potestque id juvari sequente loco ex Paulo Diacono, lib. 18. *Itaque odio metuque exagitatus (Narses) in Neapolim Campania civitatem secedens, legatos mox ad Langbardorum gentem dirigit; ut paupera Pannoniorum rura desererent, & ad Italiam cunctis repletam divitiis possidendam venirent: simulque multimoda pomorum genera aliarumque rerum species quarum Italia ferax est, mittit, quatenus eorum ad veniendum animos possit allicere. Langbardi leta nuncia & quæ ipsi præcipue optabant, gratanter suscipiunt. denique futuris commodis animos attollunt.*

Vix finis erit; si adferam cuncta, emi & vendi prohibita. non prætermittam tamen venena mala. nam horum emptionem contrahi, non pati bonos mores, indicat Gajus l. 35. §. 2. *D. h. t.* arbitratus, id quod res est, commercia jure gentium esse inventa ad juvandas res humanas, numquam ad perdendas. ad hoc probandum Gajus petit argumentum a societate: negans, hanc, si flagitiosæ rei sit, vires habere. simili consilio ait, nullum esse mandatum quod sit contra bonos mores. utriusque exemplo putat, nullam esse emptionem veneni, quod nullo modo alterius materiæ adjectione usui nobis esse potest. at si quæ mixta aliis materiis adeo nocendi naturam deponunt, ut ex his antidoti (sic extat Florentiæ) & alia quædam salubria medicamenta conficiantur, aliud dici putat; quia sic sunt venena bona, non mala; &, ut Nonius dicit, medicamentum. Non minus huc pertinet: quod Ulpianus ait, Senatui censuisse, Ne quis domum villamve dirueret, quo plus sibi acquireretur, neve quis negotiandi causa eorum quid emeret venderet, pœna in eum qui contra Senatusconsultum quid fecisset, constituta l. 52. *D. h. t.* Factum id Senatusconsultum publici decoris causa, Aviola & Panfa Consulibus l. 41. §. 1. *D. de legat. lib. 1.* temporibus Hadriani, meminit Spartianus in *vita Hadriani c. 18.* ibique in Notis Casaubonus.

Sit etiam hujus loci hoc Ulpiani in l. 34. §. ult. *D. h. t.* Tutor rem pupilli emere non potest. Idemque porrigendum est ad similia, id est, ad curatores, procuratores, & qui negotia aliena gerunt. Quod de tutore dicit, verum est, etsi res pupilli per leges vendi potest; si ipse eam vendat pupilli nomine, vel si pupillo vendenti fiat auctor. Nimirum, quia emptio & venditio non fit, nisi emptoris & venditoris consensu. ipse autem tutor non potest fungi officio utriusque. Sic Ulpianus l. 5. §. 2. *D. de auctor. tutor.* Quid, si contutor vendat, vel pupillo vendenti fiat auctor? ait Ulpianus, tutorem jam emere posse. scilicet, quia alterius auctoritas sufficit, modo agatur bona fide: cæterum, si mala fide, id est, gratiose aut sordide, emptio incertum foret, nullius momenti fore d. l. 5. §. 2. Idem putat; si emptio facta sit per interpositam personam d. l. 5. §. 3. quasi latenter factum, sit callide & dolose factum. Non idem; si emat palam & bona fide l. 5. *C. h. t.* Sa-

ne Ulpianus d. l. 5. §. 4. *D. de auct. tutor.* si ipse, inquit, quid emit palam, dedit autem nomen non mala fide, sed simpliciter, ut solent honestiores non pati, nomina sua instrumentis inscribi, emptio valet. quod si callide; idem erit, ac si per interpositam personam emisset. Quod de tutore dictum, ait Ulpianus d. l. 34. §. ult. esse porrigendum ad similia, id est, ad curatores, procuratores, & qui negotia aliena gerunt. An ad publica quoque officia? Marcianus lib. *singulari De delatoribus l. 46. D. h. t.* Non licet, inquit, ex officio quod administrat quis, emere quid vel per se, vel per aliam personam. Exceptio in l. 62. *D. h. t.* quid si contra fiat? est duplex pœna. Marcianus indicat: Alioquin non tantum rem amittit, sed & in quadruplum convenitur secundum Constitutionem Severi & Antonini: & hoc ad Procuratorem quoque Caesaris pertinet, Addit Marcianus: Sed hoc ita se habet, nisi specialiter quibusdam hoc concessum est. Hic versus nescio an sit Marciano adjectus a Triboniano ex l. 1. *C. de contractib. Judicium.* Æquitas interim & ratio hujus juris fuit summa: ne magis raptus esset, quam emptio. eam ex Cicerone notavit Rævardus lib. 2. *Var. c. 20.* & addi potest Cujacius lib. 16. *Observ. c. 13.*

Demonstratis rebus quæ emi & vendi prohibentur, vix opus admoneri, cæteras quæ non prohibentur, emi & vendi posse. Nec tamen vel hoc est sine exceptione: nam si rem meam emi; non putatur esse emptio l. 16. *D. h. t.* quando nulli bono est, a me emi rem meam, illa emptione meam non magis futuram quam ante fuit. Atqui alio non spectat emptio, quam ut empta res emptori adquiratur; cum non esset ejus. Sed inania excedunt modum juris nostri l. 4. *C. h. t.* Hoc: si rem meam pure emam. Quid, si emam sub conditione, si mea esse detinet? jam valet emptio l. 6. *D. h. t.* dilata videlicet in id tempus quo res erit aliena. Idem: si rei meæ inhæret quid alieni juris: ut possessio l. 34. §. 4. *d. t.* est enim rationis, me accipere vel retinere rei meæ possessionem quæ est alterius, & mihi jure potest adimi vel abjudicari. Plus dicam, si quidem dominus sim, sed dominium a me avocari potest, nil ob stare, quo minus eman rem huc usque meam, sed a me abituram. Est talis casus in d. l. 4. *C. h. t.* En: aliquis mihi donavit rem suam. ejus traditione ego fio dominus. illa donatio mox dicitur inofficiosa. quid fit? ego rem mihi donatam, & traditam, emo a donatoris herede. recte emo. atqui est mea. sed a me abitura: donatione per querelam inofficiosa donationis rescissa ad exemplum inofficiosi testamenti. Plane ut emere rem meam nequeam, distrahere ut possim, dominio consequens est. De aliena videamus: ejus non sum dominus; tamen venditionem Ulpianus mihi concedit l. 28. *D. h. t.* etsi possit aliqua esse dubitatio, propter pignus in re aliena constitutum: nam de hoc aliud traditur l. 6. *C. Si aliena res pignori:* ut ut in l. 9. §. 1. *D. de pignorib.* sic scribatur: *Quod emptionem venditionem recipit, & pignorationem recipere potest.* Quid dicimus? locum esse difficilem & hic explicandum: nisi jam explicuissem lib. 1. *Observ. c. 7.*

Explicita forma contrahendæ emptionis, additis rebus quæ venire possint, absolutæ sunt duæ Tituli partes. restat tertia de pactis inter emptorem & venditorem compositis. continet vero hæc exempla multa: ex quibus illustravi duo valde obscura. alterum lib. 4. *Probabil. c. 2.* alterum lib. 3. *c. xi.* nec inutile foret, hic præterea indicari, quemadmodum jus sit contrahentibus, naturam contractus pactis adjectis pro suo commodo informare, plerumque in continenti, aliquando ex intervallo, aut detrahendo de substantia vel adminiculis aliquid, aut adjiciendo. Sed talia executus antehac magna diligentia sum lib. *sing. Ad Edict. De pact. & transact. c. xi. & c. xix.* Igitur ne pete, hic a me agi actum. sed ut duo sequentes

Tituli, alter *De additione in diem*, alter *De lege commissoria*, aliqua indigent ope, non pigebit me de his, quantum satis est, subjungere.

TITULUS II.

De in diem additione.

Rubrica fuit aliquando sic edita, *De in diem adjec-
tione*. sed præstat scribi, *De in diem additione*.
Id post alios observavit Antonius Augustinus *lib. 2.
Emendat. c. 3.* simul, quod adjicere est emptoris,
plus licentis, siue meliorem conditionem adferen-
tis *l. 8. l. 13. D. h. t.* inde adjectio in *l. 4. §. 1. l. 19.
d. t. l. 41. D. de rei vindic.* est allatio melioris condi-
tionis, aucto pretio, verbi gratia. contra addicere est
venditoris: nam addicere est vendere *d. l. 13. & pas-
sim. d. t.* inde in diem addictio est, venditio facta hoc
pacto, Nisi melior conditio adferatur. Fuit autem
quæstionis, quotiens fundus in diem addicitur; utrum
pura sit emptio quæ sub conditione resolvatur; an
magis sit conditionalis? Et quidem Paulus *l. 2. §. 4.
D. Pro emptore* refert, in ea alios aliud sensisse: sed
ipse *eo loco*, & Ulpianus *l. 2. h. t.* verius esse existimat,
interesse, quid actum sit. nam si quidem hoc actum
est, ut meliore allata conditione discedatur, puram
esse emptionem, quæ sub conditione resolvitur: sin
autem hoc actum est, ut perficiatur emptio, nisi me-
lior conditio afferatur, esse emptionem conditiona-
lem. Nec frustra hæc observatur differentia: nam ubi
pura emptio est, sed sub conditione resolvitur: tum
si quidem venditor dominus fuit; re tradita, emptor
confestim dominus fit, alioquin usucapiendi condi-
tionem accipit. prætere vindicare rem poterit *l. 41.
D. de rei vindic.* & pignorare *l. 4. §. 3. D. h. t.* potest
etiam fructus percipere, & periculum ad eum perti-
nere, si res perierit *l. 2. §. 1. d. t.* hac optima ratione
quam subjicit Paulus *l. 3.* quoniam post interitum rei
jam nec potest melior conditio adferri: id est, emptio
non potest resolvi, & ideo manet firma. Plane quod
dictum est, fructus interea captos emptorem priorem
sequi: totiens placet Ulpiano *l. 6. d. t.* quotiens nul-
lus emptor existit qui meliorem conditionem adferat,
vel falsus existit: neutro enim casu existit conditio,
additioni finiendæ adscripta: sin vero existit emptor
posterior, jam quia existit conditio, & finita retro
venditio est: ait Ulpianus, priorem emptorem fru-
ctus debere refundere, sed venditori; emptorem
vero posteriorem qui meliorem conditionem attule-
rit, præter corpus, nihil sequi quod venierit, Paulus
docet *l. 14. §. 4. h. t.* Adhæc memorat Ulpianus *l. 4.
§. 3. d. t.* Marcellum *lib. 5.* Digestorum scripsisse,
fundo pure vendito & in diem addicto, si allata sit
melior conditio, pignori esse desinere, si emptor eum
pignori dedisset: hac, ut videtur, ratione; quod sub-
lato jure constituentis, etiam sublatum esse jus con-
stitutum intelligitur *l. 31. D. de pignoribus*.

Hæc; si addictio in diem facta sit pure, & actum,
ut allata meliore conditione, ab emptione disceda-
tur. Quid si contracta sit emptio, ut perficiatur, nisi
melior adferatur conditio? jam conditionalem ab
initio esse emptionem, Ulpianus dixit; placerque ei,
venditorem, etsi re tradita, medio tempore domi-
num manere, quasi non impleta conditione contra-
ctus, ideoque nec accessiones emptorem sequi, nec
fructus ad eum pertinere *l. 4. D. h. t.* nimirum, quia
interim nuda fuit traditio sine causa, neque domi-
nium transferens, neque usucapionem. Ut tamen
(quod est temperamentum Imperatoris Severi *l. 16.
D. h. t.*) Sicut fructus in diem addictæ domus, ver-
bi gratia, cum melior conditio fuerit allata, venditori
restitui necesse est, ita rursus quæ prior emptor me-
dio tempore necessario probaverit erogata, de reditu
retineri, vel si non sufficiat, solvi æquum sit.

Est igitur additionis in diem hæc conditio, Nisi
allata sit melior conditio. Ea vero adferri demum
creditur, si vera sit sequens emptio. nam si subjectus
sit emptor falsus: placet Ulpiano *l. 4. §. 5. h. t.* Sabini

sententia: existimantis, rem priori esse empram: &
recte; quia non videtur melior allata esse conditio,
non existente vero emptore. Sed & si alius existat
emptor, meliorem tamen conditionem non adferat;
æque dicendum esse, inquit, perinde habendum, ac
si non existeret *d. l. 4. §. 5.*

Melior porro conditio, ut hoc addam, adferri vi-
detur Ulpiano *d. l. 4. ult.* si pretio sit additum. sed &
si nihil pretio addatur, solutio tamen offeratur faci-
lior pretii vel maturior, melior conditio adferri vide-
tur. idem, si locus opportunior solvendo pretio dica-
tur, aut si persona idoneior accedat ad emptionem,
aut si quis accedat ejusdem pretii emptor, sed qui le-
vioribus emat conditionibus, vel qui satisfactionem
nullam exigit. item, si viliori pretio emere sit para-
tus, ea tamen remittat quæ venditori gravia erant.
quidquid enim ad utilitatem venditoris pertinet, pro
meliore conditione haberi debet *l. 5. h. t.*

Intellecto, quæ sit melior conditio, videamus, an
ea allata venditori liceat, posteriori addicere? & puto,
licere: nisi prior paratus sit plus adjicere. utique sic
censet Paulus *l. 7. d. t.* ideoque addit *l. 8.* necesse ha-
pere venditorem, allata meliore conditione priorem
emptorem facere certiorum: ut si quid alius adjicit,
ipse quoque adjicere possit. imo si allata ab alio me-
lior sit conditio, visum Ulpiano *l. 9.* quod Sabinus
scribit, licere venditori meliorem conditionem obla-
tam abjicere, sequique primam. Non fuit quidem
hæc omnium sententia: sed ita obtinuit, cum forte
aliqui dissentirent. idque, meo judicio, indicant hæc
Ulpiani verba, *Et ita nimirum*: quorum hanc vim
esse, evici *lib. 1. Probabil. c. 2. & 3.* At quemadmo-
dum venditori jus est, negligere meliorem conditio-
nem sibi oblatam; non ita licet emptori, ea oblata,
ab emptione recedere: nempe, quia non ad emptor-
is, sed ad venditoris, favorem spectat in diem addi-
ctio: & licet unicuique suo commodo uti aut non uti,
si velit; alterius commodo, eo invito, abuti nulli licet.
plane, si hoc erat nominatim actum, ut liceret emp-
tori resilire; adhuc putat Ulpianus *d. l. 9.* dissolutam
esse priorem emptionem, etiamsi venditor sequen-
tem non admittat: clara ratione. ea ratio est; quod
fidem pacti servari, bonæ fidei consequens est. Si-
militer si pignus a creditore in diem addictum propo-
natur: observat Julianus, nisi adjectio recipiatur,
non videri negotium a creditore agi bona fide cui
eum in pignoris distractione servire oportet: præ-
terquam si inops sit emptor, & impediendæ tantum-
modo emptionis causa interveniat: tum enim posse
creditorem sine periculo priori emptori addicere, ar-
bitratur *d. l. 9.*

Hæc; si unus sit venditor. quid, si plures sint, ip-
sique inter se dissentiant: aliis posteriorem conditio-
nem probantibus, aliis abjicientibus? Ulpianus *l. 11.
§. ult. & l. 13.* interjecta Pomponii sententia sic rem
expedit. Item quod Sabinus ait, si tribus vendenti-
bus, duo posteriori addixerint, unus non admiserit
adjectionem, hujus partem priori, duorum poste-
riori empram, ita demum verum est, si variis pretiis
partes suas distraxerunt: etsi dispares partes venden-
tium fuerint. quod si uno pretio vendiderint, dicen-
dum est, totam priori empram manere: quemad-
modum si quis mihi totum fundum ad diem addixisset,
postea vero pretio adjecto dimidiam alii addixe-
rit. Celsus quoque *lib. 8.* Digestorum refert, Mu-
cium, Brutum, Labeonem, quod Sabinum existima-
re. Ipse quoque Celsus idem probat: & adjicit, mi-
rari se, a nemine animadvertum, quod si prior emp-
tor ita contraxit, ut si totum fundum emprum nollet
habere, non habere eum eam partem empram, quam
unus

unus ex sociis posteriori emptori addicere noluit. Verum est autem vel unum ex venditoribus posse meliorem adferre conditionem. emere enim cum tota re etiam nostram partem possumus.

Tantum de forma & exitu additionis in diem fa-

tis. restat actio, qua resoluta hoc pacto emptio, accipiat executionem. cum vero similis hac in parte fuerit observatio legis commissoriae: differamus eam, donec eo perveniamus sequente Titulo.

TITULUS III.

De lege commissoria.

FORTE anxiae & nimiae foret diligentiae, multis velle quem hodie probare Legis appellatione in Rubrica indigitari pactum: cum satis notum sit, quod in ea & vicinis aliis Lex saepe accipitur pro pacto venditioni adjecto; & quae in praesenti est Lex commissoria, alibi pactum commissorium nominatur. Illud non silebo, quod commissorium pactum, vel lex commissoriae venditionis *l. 4. C. de pact. int. empt. & vendit. compos.* videtur dici pari modo, quo commissoria in Rubrica *De publicanis*, & *vectigalibus*, & *commissis* dicuntur fisco adquisita in poenam fraudantis vectigal. vult sane commissoria venditio, & pactum commissorium, quid simile: convento, ut pretium certa die solveretur: alioquin ab emptione statim atque commissoria lex est, (sic loquitur Ulpianus *l. 4. §. 2. h. t.*) abiretur, resque empti ad venditorem reverteretur. Vix opus addi, hoc pacto informari naturam venditionis: nam absque eo esset; quamvis non soluto pretio, neque finita intelligeretur emptio, neque esset rei venditae & traditae repetitio: sed una ex vendito actio ad contractum solutione pretii adimplendum *l. 14. C. de rescindend. vendit. & l. 12. C. de rei vendic.* Atque ita est: ut committatur, id est, finiatur, emptio in honorem venditoris, & poenam emptoris, non soluto pretio, opus fuit pacto commissorio. adjectum vero servari, bonae fidei consequens fuit: quocumque modo concipiatur aut pure, aut sub conditione. potest praeterea formula comprehendere: ut si soluta intra certum diem non sit pecunia, res inempta sit. intra certum inquam diem. & sic solet plerumque conveniri: eoque casu potest lex, etsi interpellatus emptor non sit, exerceri; debetque emptor, se ea volens liberare, pretium venditori ultro offerre: alioquin securus non est: nisi forte non sit, cui offerat *l. 4. §. fin. D. h. t.* nam, ut ait Ulpianus in *l. 161. D. de reg. jur.* in iure civili receptum est, quoties per eum cuius interest, conditionem non impleri, fiat, quo minus impleatur, perinde haberi, ac si impleta conditio fuisset. Sed formula legis commissoriae non tantum adjecto die certo concipitur, verum potest ex ea etiam simpliciter agi sine die; ut, si pretium non solvatur, res inempta sit. tum vero emptor, si non solvat, non quidem statim legem offendit, eaque tenetur ultro; sed tamen potest post modicum tempus in mora venditoris interpellatione constitui *l. 23. D. de oblig. & act.*

Illud non praetermittam, quod licet hic sit legis commissoriae exitus, ut non soluto pretio res inempta sit, aut inempta fiat: tamen placet Ulpiano *l. 3. h. t.* quod venditor Legem commissoriam, quae in venditionibus adjicitur, si volet, exercebit: non etiam invitus. qua ratione? Pomponius *l. 2.* dat duplicem: una constat hisce verbis: *quia id venditoris causa caveretur.* potest autem unusquisque suo iure, suoque comodo uti, si velit; invitus non cogitur. altera Pomponii ratio talis est. *Nam si aliter acciperetur, exusta villa in potestate emptoris futurum, ut non dando pecuniam inemptum faceret fundum, qui ejus periculo fuisset.* Vocula, Nam, hic Pomponio non est causalis, sed ut alibi saepe, significat praeterea: & continet argumentum sane bonum ab absurdo. Potest igitur venditor lege commissoria, si volet, uti: sin minus, ei renunciare. Et ait Ulpianus *l. 4. §. 2. h. t.* Papinianum secutus, vendito-

Noode Operum Tomus II.

rem, statim atque commissoria lex est, statuere debere, utrum commissoriam velit exercere, an potius pretium petere. potest igitur legi commissoriae renunciare palam: nec minus tacite. fac: post diem commissoriae legi praestitutum non vindicationem instituit, sed pretium petit, vel ejus partem, vel usuras *l. 4. C. h. t.* verissime ait Hermogenianus *l. 7. D. h. t.* quod deinde nec variare, & ad hanc redire potest. idem ante probavit Ulpianus, Papinianum secutus *d. l. 4. §. 2.*

Nondum dixi omnia, adhuc restat: qualis sit lex commissoria; pura, an conditionalis. Ulpianus *l. 1. D. h. t.* sic scribit: *Si fundus commissoria lege venerit, magis est, ut sub conditione resolvatur emptio, quam sub conditione contrahi videatur.* Sensus, meo iudicio, est, quod nisi aliter fuerit expresse actum, pura est venditio, sub ea lege contracta: nec dubium; quin ex ea periculum sic statim sit emptoris *d. l. 2. h. t.* & dominium, facta traditione, ad eum transeat, si dominus fuit venditor, alioquin conditio usucapiendi. De fructibus quid dicemus? Neratius *l. 5. h. t.* ita scribit: *Lege fundo vendito dicta, ut si intra certum tempus pretium solutum non sit, res inempta sit; de fructibus, quos interim emptor percepisset, hoc agi intelligendum est, ut emptor interim eos sibi suo quoque iure perciperet.* Hoc pendente legis conditione. Quid extante? Neratius *d. l. 5.* Sed, inquit, si fundus revenisset, Aristoteles existimabat, venditori de his iudicium in emptorem dandum esse. Quam ob rem? Quia, inquit, nihil penes eum remanere oporteret. Sensus Neratii, quia res extante pacti conditione inempta habetur, potest venditor agere de fundo, & de his quae ex fundo percepta sunt *l. 4. h. t.* Scævola *l. 6.* addit, & id quod arrhae vel alio nomine datum sit, apud venditorem manere. praeterea ait ibidem §. 1. nec id quod accessurum dictum est, emptori deberi. Plane Ulpianus *d. l. 4. §. 1.* consentit Neratio: existimanti, habere rationem; ut interdum fructus emptor lucretur: videlicet, cum pretium, quod numeravit, perdidit; idque humanitatis esse.

Satis de forma, & ratione legis commissoriae. quæris exitum, simul actionem, qua venditori liceat resoluta emptione jus suum exequi. est vero de hac eo diligentius tractandum: quia eadem fuit inspectio in pacto additionis in diem, hunc in locum superiore Titulo rejecta. altera igitur pactio si in continenti adjecta fuerit contractui bonae fidei: nemo dubitat, quin ex utraque venditori ad restitutionem rei venditae competat in personam actio; sed qualis, in controversia olim fuisse, Ulpianus meminit *l. 4. h. t.* inter quos? non addit. verum mea fert opinio, fuisse inter Proculianos & Sabinianos: hisce actionem ex vendito, illis in factum praescriptis verbis, malentibus: & veriore fuisse Sabini sententiam, sed Proculi obtinuisse, tamquam tutiorem, mihi persuadeo: donec a Severo & Antonino constitutum est, ex vendito, id est, etiam ex vendito, actionem competere. ita accipio Ulpianum in *d. l. 4.* dicentem. *Et quidem finita est emptio: sed jam decisa questio est, ex vendito actionem competere.* Nam sic locutos esse Veteres saepe, alibi monui: & ex illo Decreto tandem receptam actionem utramque tam ex vendito, quam praescriptis verbis, demonstravi *lib. sing. Ad Edictum De pact. & transact. c. xi.*

Præter actiones, quas dedi in personam, an etiam

De rei

rei vindicatio locum habet, in dubium venit? quæstio est, utrum emptor, an venditor, sit dominus. rei enim vindicatio uni datur domino: alii non datur. quid dicimus? referre, quid actum sit: non enim uno modo concipitur lex commissoria. primum venditione pure facta sub ea lege, emptor venditæ & traditæ rei dominus factus, lege commissoria ob non solum pretium, dominus manet, quamdiu restituta non est *l. 1. D. h. t.* explorato, dominium jure civili non patet nudis, sed traditionibus transfertur *l. 20. C. de pactis.* atque ita est, dominium rei traditæ, etsi venditio finiri possit, ad venditorem sine traditione ipso jure non pertinet: si quidem (ut in *l. 2. § 3. C. de pact. int. emp. & vendit. compos.*) quis ea lege prædium vendidit: ut, nisi reliquum pretium intra certum tempus restitutum esset, ad se reverteretur. tum enim, si non precariam possessionem tradidit, non habet rei vindicationem, sed actionem ex vendito. nimirum, quia dominium pure transtulit, & pactus est, ut ad se commissoria lege reverteretur. quod sine traditione ex tali pacto fieri non potest. Idem est: si initio pactum conventum sit: non ut inemptus sit fundus; sed ut inemptus fiat: nam tum quoque durat emptio; æque traditio ex ea facta: donec per actionem ex vendito & venditio rescindatur, & res vendita restituatur. Itane? sit fides Ulpiano *l. 4. D. h. t.* aliter est: Si ea lege prædium vendidisti, ut nisi intra certum tempus pretium fuisset exolutum, res in-

empta esset, vel dominium ad emptorem pertineret. tum enim servanda est contractus fides, & danda venditori actio non in personam tantum, sed in rem quoque. Videlicet, quia venditione hoc modo sub conditione contracta, dominium ultro ad venditorem pertinet fictione juris, ac si venditio fuisset nunquam contracta; & dominium rei sine causa traditæ a venditore nunquam abiisset. eum casum, eamque actionem, me interprete, repræsentat *l. ult. D. h. t. & l. 1. C. de pact. inter empt. & vendit. compos.* ac secundum hæc accipiendus mihi videtur quoque Ulpianus *l. 41. D. de rei vindic.* Verba Ulpiani: *Si quis hac lege emerit, ut si alius meliorem conditionem attulerit, recedatur ab emptione: post allatam conditionem jam non potest in rem actione uti. Sed (§) si cui in diem addictus sit fundus, antequam adjectio sit facta, uti in rem actione potest, postea non potest.* Proponitur addictio in diem facta: hac lege, ut, si alius attulerit meliorem conditionem, ab emptione discedatur. actum igitur; ut emptio sit ab initio pura: sed deinde meliore conditione allata, retro pro nullo habeatur: eoque venditori liceat ultro discedere ab emptione. in tali casu potest emptor ante meliorem conditionem allatam, quia est dominus, in rem actione uti. post allatam adjectionem, id est, post allatam meliorem conditionem, uti ea non emptor poterit, sed venditor: quasi is propter illam conventionem semper dominus fuerit.

TITULUS IV.

De hereditate vel actione vendita.

Hic Titulus habet duas partes: una est de hereditate, altera de actione, vendita. utramque attingi Titulo primo hujus libri: executus, quæ res emi & vendi possint. ostendi ibi, tales esse cum corporales, tum incorporales: quia non minus hæ, quam illæ, in rerum natura esse intelliguntur. Nunc cætera absolvam: primas daturus hereditati. quæ si venierit: esse debet hereditas, ut sit emptio: quando non alea emitur, sed res: quæ si non sit, non contrahitur emptio *l. 7. D. h. t.* fac: hereditas venit ejus, qui vivit, aut nullus est: ait Pomponius, nihil esse acti: quia in rerum natura non sit, quod venierit *l. 1. D. h. t.* Hoc, si hereditas vendatur simpliciter. At si actum est in venditione: *Si quid juris esset venditoris, venire; nec postea quidquam præstitum iri:* contra ait Javolenus, quamvis ad venditorem non pertinuerit hereditas; nihil tamen eo præstabitur: quia actum esse manifestum est, ut quemadmodum emolumentum negotiationis, ita periculum ad emptorem pertineret *l. 10. D. h. t.* Ulpianus *l. 11.* sic præfatur: *Nam hoc modo admittitur, esse venditionem,* Si qua sit hereditas, est tibi emptio, & quasi spes hereditatis: *ipsum enim incertum rei venit, ut in rebus.* Plane (quod ex Gajo in *l. 12.* subjicitur) si sciens ad se non pertinere, ita vendiderit: tunc ex dolo tenebitur, atque, ut puto, ad id, quod emptoris interest, se deceptum non esse. sic accipio quod ex Paulo traditum *l. 9. h. t.* nam si inter ignorantes facta sit venditio hereditatis, quæ non sit, pretium condicetur *l. 7. h. t.* Javolenus *l. 8.* ait pretium dumtaxat, & si quid in eam rem impensum est, emptorem a venditore consequi. Additur ibidem, si est aliqua hereditas, sed ad venditorem non pertinet, ipsam æstimari. Reliquum est, ad quid teneatur venditor: & vice versa, quid emptorem præstare oporteat. His Edictum ne quære: nullum enim fuit; etsi aliquod constringat Ranchinus. Melius observat Cujacius *lib. 2. Observ. c. 30.* solitas fuisse inter emptorem & venditorem interponi stipulationes emptæ & venditæ hereditatis: quarum meminit Imp. Justinianus §. 6. *Inst. de fideicom. hered.* Ulpianus *l. 2. D. h. t.* eas vocat satisfactiones: abusus vocabuli proprietate. nam nudas repro-

missiones sufficere, intelligitur ex *l. 2. C. h. t.* Formula stipulationis ex parte emptoris in *l. 30. D. de verb. oblig.* talis proditur: *Quanta pecunia ad te pervenerit, dolo vel malo tuo factum est, quo minus perveniat,* (adde) tantam præstari. Præter hæc verba, Formulæ etiam desunt sequentia, *Ex hereditate Titii.* illa supplet *l. 97. D. de verb. signif.* hoc modo: *Quanta pecunia ex hereditate Titii ad te:* Quantum porro conjicio ex *l. 178. §. 2. D. de verb. signif.* (nam ea spectat ad interpretationem hujus Formulæ) in ea etiam verba ista fuere: *item quacumque actio, petitio, persecutio, eo nomine tibi competierit,* ea omnia recte præstare spondes. Primum stipulatur emptor, tantam præstari pecuniam, quanta ad te ex hereditate vendita pervenerit. Verba autem, *Ad te,* venditorem significant. at Ulpianus *l. 2. §. 4. D. h. t.* *Non tantum,* inquit, *quod ad venditorem hereditatis, sed etiam quod ad heredem ejus ex hereditate pervenit, emptori restituendum esse.* Quærentibus porro, quid pecuniæ appellatione intelligatur: ait Celsus *l. 97. D. de verb. signif.* *Cum stipulamur,* Quanta pecunia ex hereditate Titii ad te pervenerit, *res ipsas, quæ pervenerunt, non pretia earum spectare videmur.* Et probo: si hereditas, in qua tantum erant corpora, sit ante eorum distractionem vendita. tum enim videtur inter contrahentes actum; ut ipsa, non eorum pretia, præstentur. At aliter se res habet; si in ea ab initio & numerata fuerit pecunia, & corpora: aut cum nihil esset, præter corpora, vendita est hereditas post aliquorum distractionem. tum enim obtinet, quod Ulpianus *l. 178. D. de verb. signif.* (quæ est ex lib. ejus 49. Ad Sabinum, eoque conjungenda cum *l. 2. h. t.* quæ est ex eodem libro, & fere ad hanc formulam spectat) in hunc scribit modum. *Pecunia verbum non solum numeratam pecuniam complectitur: verum omnem omnino pecuniam, hoc est, omnia corpora: nam corpora quoque pecunia appellatione contineri, nemo est qui ambiget.* Sic censeo; & liquet ex *l. 21. §. 1. 2. §. 3. versic. Sed & frerum D. h. t.*

Vult igitur stipulatio, emptori a venditore præstari pecuniam. Quantam? ait, quanta ad eum ex hereditate pervenerit. videlicet, quia hereditate vendita, omne

omne venditur jus quod hereditatis fuit; id est, quidquid heredis fuisset, nisi venditio intervenisset. Hac ratione ait Ulpianus *l. 2. pr. D. h. t.* inter emptorem & venditorem agi; ut neque amplius, neque minus juris emptor habeat, quam apud heredem futurum esset. ita cum in hereditate fuerint res hereditariae, non est dubitandum, quin venditor eas tradere teneatur. quanta autem hereditas est, nihil interest *l. 14. §. 1. h. t.* nisi de substantia ejus affirmaverit *l. 15. d. t.* puto, quia hereditas non est corporis nomen, sed juris, quod vel sine corporibus esse potest. igitur sufficit venditori, prestare hereditatem suam esse, atque etiam de ea satisfacere, id est, repromittere; ut dixi: de singulorum autem rerum evictione eum cavere, nihil attinet: quemadmodum nec tenetur singulas prestare; si non hereditatis fuere. proinde tenebitur propter hereditatem, si ea evincatur: sed evicto hoc aut illo corpore quod in hereditate fuerit, ejus nomine non tenebitur: quia non singula vendidit corpora quae in hereditate erant: sed ut dixi, jus hereditate quaesitum, id est, quidquid commodi ex hereditate ad eum pervenerit. at quod evictum est, neque hereditatis fuit, neque ex ea pervenit. quare eo nomine non tenetur *l. 1. C. de evictionibus*. Plane de facto suo eum cogi satisfacere Ulpianus ait *d. l. 2. pr.* sed de hoc postea. Nunc videamus, quid in stipulatione valeat hoc, *Ex hereditate*. Puto autem velle, venditorem tantam prestare pecuniam, quanta propter hereditatem venditam ad eum pervenerit. Ab hac causa Ulpianus *d. l. 2. §. 2.* posse quaeri, inquit, si etiam impuberi sit substitutus is qui vendidit hereditatem testatoris, an etiam id quod ex impuberis hereditate ad eum pervenit, ex empto actioni locum faciat? Et magis putat, ne veniat. qua ratione? ait, quia alia est hereditas. Poterat aliquem mordere: quod in pupillari substitutione est unum testamentum patris & filii. Sed hoc non terret Ulpianum: qui, licet, inquit, unum testamentum sit; alia tamen atque alia hereditas est. sensus Ulpiani: quod praesens quaestio non ab eo pender, quid ex testamento ad venditorem pervenerit: sed quid ex hereditate vendita pervenerit: & quamquam in pupillari substitutione sit unum patris testamentum; tamen unum testamentum est duarum causarum, id est, duarum heredarum *§. 2. Inst. de pupill. subst.* quarum una est patris, altera filii: vendita autem est hereditas patris, non etiam filii. pervenisse igitur ex hereditate interpretamur; non quod propter testamentum in quo data est hereditas vendita, pervenit; sed propter hereditatem in testamento vel ex lege datam. Ita Ulpianus; nisi aliud actum est: idque obtinere maxime, id est, ita demum posse; si, post delatam pupilli hereditatem, vendita sit testatoris hereditas. Similis observatio est in lucris quae magis perveniant occasione hereditatis, quam propter hereditatem: nam nec illa prestari, Ulpianus putat *d. l. 2. §. 7. D. h. t.* quia non ex hereditate perveniunt, licet veniant ex occasione hereditatis. sit exemplum, si quod non debitum exegerit: non potest negari, eum lucrum sentire, atque occasione hereditatis. at non ex hereditate, aut propter hereditatem. ait igitur Ulpianus, hoc servari; ut heres emptori non praestet, quod non debitum exegerit.

Sed, ut hoc agamus, apparet, oportere tantam emptori a venditore prestari pecuniam, quanta ex hereditate ad eum pervenerit: quali actum sit inter contrahentes; ut emptor, quantum ad eos attinet, vicem heredis obtineat *d. l. 2. §. 18. h. t.* etsi alioquin venditor hoc contractu heres esse non desinat, neque emptor heres esse incipiat; solumque hic adversus illum accipiat actionem personalem: ut sibi praestet non plus, non minus, quam apud illum fuisset, si emptio non intervenisset *d. l. 2. pr.* Hac porro ratione, atque hoc sensu Ulpiano placet, in eam non modo hac venire quae fuerunt tempore mortis, quo tempore coepit esse hereditas; vel tempore aditionis quo tempore adquisita est hereditas: sed illa etiam quae post

mortem, vel aditionem hereditatis, accesserunt: quia vendita est hereditas adquisita: & actum, ut quod ex ea pervenit in id tempus quo venditio fit, id videatur venisse *d. l. 2. §. 1.* Plus ait Ulpianus *d. l. 2. §. 4.* non solum quod jam pervenit, sed & quod quandoque pervenerit, restituendum esse: quia non vendita hereditate, heres vel hoc habuisset. Ab eodem fonte fluit, quod Ulpianus *d. l. 2. §. 9.* ait, Sicuti lucrum omne ad emptorem hereditatis respicit, ita damnum quoque ad eundem respicere oportere. Rationem subpeditat Ulpianus in *l. 178. §. 1. D. de verb. sign.* (quam huius loci esse, supra monui.) ea ratio est: quod hereditas non est corporis, sed juris nomen; ideoque accessionem & decessionem in se recipit. quidquid igitur post mortem aut aditionem hereditatis accesserit, ut fructus, omne id prestari debet, quia venditum est. vice quoque versa, si quid decesserit interitu corporum, modo non heredis facto, id est, ejus dolo malo, aut culpa lata contigerit, id in praestationem non venit. ut post dicetur. Interim pervenisse ad venditorem hereditatis quomodo quid videatur, melius quaeratur? Ulpianus *d. l. 2. §. 3.* pluribus id exequitur. summa est, referre, utrum hereditatem heres vendiderit, nondum nactus corpora rerum hereditariarum, aut debita, aut pretia rerum venditarum; an postquam ea nactus fuit. priore casu solae pervenire actiones, ei ad persequenda ea competentes. nihil igitur, praeter eas, prestare debet: quia non oportet emptorem plus habere, quam venditorem. Atqui dicitur, eum qui actionem ad rem habet, rem habere intelligi *l. 15. D. de reg. jur.* Esto; ubi ratio desiderat, a veritate interpretando recedi. at haec in praesentia quaeritur, ac secundum hanc Pomponius *l. 204. D. eod.* Minus, inquit, est, actionem habere, quam rem. Hac igitur ratione suadet Ulpianus *d. l. 2. §. 3.* emptori actiones a venditore prestari & tribui. quod quemadmodum fiat, paulo post attingam. Posteriori casu (qui est, ubi venditor corpora nactus est, vel debita exegit) ait Ulpianus *d. l. 2. §. 3.* videri ad eum plenius pervenisse. tenebitur igitur emptori ea jam plene prestare. praeterea addit Ulpianus, si pretia rerum ante venditam hereditatem distractarum, fuerit consecutus, etiam hac pervenisse. De eo poterat dubitari quod in fine *d. §. 3. l. 2.* tractat Ulpianus, an rerum ante venditionem donatarum pretia prestari, aequitatis ratio exigat. Incurrebat dubitatio: quod verbum, *pervenisse*, ambiguum est, solumne hoc contineat, quod prima ratione, id est, primo adspectu, fuerit, an id quod dureret. Sed creditum est, sufficere, pretia semel pervenisse, modo cum effectu pervenerint, etsi venditoris facto pervenisse desierint: quia sic habet quod sibi imputet *l. 155. D. de reg. jur.* praeterea donatione accipit beneficii debitorem, eoque locupletior factus videri debet *l. 23. D. de hered. petit.* Aliud est; si quid prima quidem ratione pervenit, sed retineri non potuit: sic enim cum effectu non pervenit. exemplum Ulpiano *d. l. 2. §. 3.* si heres, idemque venditor hereditatis, legatorum nomine quid praestitit: non enim videtur, inquit Ulpianus, ad eum pervenisse. idemque est, si quid acri alieni est, vel cujus alterius oneris hereditarii: pervenisse enim hac merito negabitur; quia his ut pervenerint primo adspectu, venditor utique non est cum effectu locupletior factus.

Porro addit stipulatio, *Dolove malo tuo factum est, eritve, quo minus perveniat*. Hisce vero verbis Ulpianus *d. l. 2. §. 5.* ait, significari, si quid dolo malo eorum factum est, quo minus ad eos perveniat, & hoc emptori praestandum esse. Fecisse autem eum dolo malo, inquit, quo minus perveniat, si vel alienavit aliquid; vel accepto quem liberavit; vel id egit dolo malo, ne de hereditate acquireretur, vel ne possessionem adipisceretur, quam posset adipisci. sed & si non dolo malo, sed lata culpa admiserit aliquid, utique tenebitur. Deperdita autem & deminuta sine venditoris dolo malo negat Ulpianus praestari, etsi

levis culpa intervenerit : nisi hoc modo negligens fuerit in custodienda re quæ ad eum jam pervenerit *l. 3. D. h. t.* nam ante venditionem non peccavit : negligens rem cuius erat pleno jure dominus. ceterum custodiam rei venditæ demum debet a die venditionis. inde igitur de levi culpa tenetur, exemplo cæterorum venditorum, atque ex communibus emptionis & venditionis regulis.

Postrema verba stipulationis emptæ hereditatis volunt, emptori a venditore præstari quamcumque actionem, petitionem, persecutionem, eo nomine ei competentem. Eam clausulam exponens, ut dixi, Ulpianus *l. 178. §. 2. D. de verb. signif.* ait, actionis verbum esse & generale & speciale. nam actionem dici, siue sit in personam actio, siue in rem. illam in specie actionem, hanc petitionem, vocari. porro actionem aliam esse ordinariam, quæ proprie dicitur actio, aliam extraordinariam quæ magis persecutionis appellatione designatur : ut fideicommissorum, & si quæ sunt aliæ quæ non habent juris ordinarii executionem. quas ipsas quoque partim in rem, partim in personam esse, Papinianus ait *l. 28. D. de oblig. & act.* Quid igitur est ? stipulatio vult emptori a venditore præstari quamcumque actionem, petitionem, persecutionem, ei competentem, propter hereditatem : adeo (quod Ulpianus observat *d. l. 2. §. 8.*) non solum hereditarias actiones, sed etiam obligationes quas ipse heres constituit : fac, fidejussorem accepisse ab hereditario debitore : sed & si novaverit, vel in iudicium deduxerit actionem, præstare debere hanc ipsam actionem, quam nactus est. Quo modo ? fit hoc, cum eas cedit, id est, mandat, emptori, ab eo tamquam, a procuratore in rem suam exercendas. estque id necessarium emptori ; volenti, uti actionibus directis, personæ heredis in hærentibus : aliter atque inutilibus *l. 4. C. h. t.* nam has emptor ex Rescripto D. Pii habet proprio jure *l. 16. D. de pactis. l. 55. D. de procuratorib.*

Posset exposita videri stipulatio emptæ hereditatis : nisi cupienti Jurisprudentiam adjuvare nefas esset, dissimulare quæstionem : cui adquiratur hereditatis portio, a venditoris coherede non adita : aliis emptori, aliis venditori, jus adcrendi adjudicantibus. Igitur ut ex solido componatur lis vetus & nobilis : duo erunt investiganda. unum est, utri adcreseat deficiens portio, emptori, an venditori : alterum, an teneatur venditor, quod ei adcreverit, actione ex stipulatu aut ex empto in emptorem transferre. Quod ad prius attinet : mea fert opinio, deficientem hereditatis partem non emptori, sed venditori, adcrecere ; atque optima ratione : servantibus, ut oportet, juris formam. illa ratio est, quod venditor adita hereditate heres factus, ea vendita heres manet, nec minus retinet hereditatem : eo quod illa etiam sine ullo corpore habet juris intellectum *l. 30. D. de hered. petit.* contra emptor cui a venditore præstatur quidquid ex hereditate ad eum pervenerit, non idcirco fit heres ; nec tam accipit hereditatem, (quæ tantum ex testamento, aut lege ab intestato defertur *§. ult. Inst. Per quas person. cuiq. adq.*) quam bona hereditaria ; & ut Ulpianus *l. 18. §. 2. D. Ad Senatusc. Trebell.* ait, quod fuit hereditatis ; in eoque habetur successor, non jam universalis, sed ex empto particularis : nem emptio & venditio numquam annumeratur causis aut modis acquirendæ aut amittendæ hæreditatis, id est, universalitatis. Sed cessio, rem certam atque indubitam tanto opere firmare : olim quasi per manus tradito, eum qui semel heres factus, nulla posse ratione efficere, ne heres sit, ut ut translatis aut amissis bonis hereditariis *l. 88. D. de hered. instit. l. 43. §. ult. D. de vulg. & pupil. substit.* Aque claret, actiones directas venditori & adversus venditorem, quasi heredi & adversus heredem, vendita hereditate, competere *l. 2. C. de hered. vend.* Hoc vero si est : dic, si potes, quo iudicio, aut quo colore, evincas, portionem coheredis potius emptori hereditatis, quam venditori, adcrecere. an cuiquam incognitum est, jus adcrendi tantum obtinere inter conjunctos *l. 6. D. de bonor.*

possess. nec esse tales, præter coheredes : uno fine juris adcrendi, ne defunctus heredem habeat pro parte. Sed res loquitur, portionem hereditatis, coherede deficiente, non emptori, sed venditori hereditatis, tamquam coheredi, adcrecere invito & ignoranti *l. 53. D. de adq. hered.* Fiet hoc testatius exemplo partis hereditatis ex Senatusconsulto Trebelliano restitutæ : si deinde deficiat coheres fiduciarii, utri enim adcreseat ejus portio : fideicommissario, an fiduciario ? si sapias, hunc dices : sciens, jus adcrendi non habere locum ; nisi inter conjunctos : qualis non est fideicommissarius, sed fiduciarius : qui aditione hereditatis heres factus, ejus restitutione heres esse non desit. Scio : fideicommissarius ex Senatusconsulto Trebelliano heredis loco habetur ; eique & in eum, tamquam heredi & in heredem, dantur a Præatore utiles actiones *§. 4. Inst. de fideic. hered.* Sed cave, putes, ob id fieri heredem jure civili : aut succedere in jus quod heres habet magis beneficio legis, quam ex defuncti voluntate : quale est jus adcrendi, heredi etiam invito & prohibente testatore competens. putemus igitur, portionem deficientis coheredis ex subtilitate juris non fideicommissario, sed fiduciario adcrecere. At enim Ulpianus *l. 43. D. Ad Senatusc. Trebell.* sic scribit : *Papinianus tractat : si quis heres institutus ex semisse, rogatus sit restituere hereditatem, & eam suspectam dicens, compulsus adit, deinde fideicommissarius ignarus sit, adcrevisse portionem hereditatis post restitutionem scripto heredi : an opus ei sit alia actione ? Et ait, securum esse posse. de illo plane (loco) solo quarendum ait, an ei opus sit nova restitutione, posteaquam ei portio adcrevit.* Hæc recepta lectio : ipsa molesta Nobilibus Interpretibus : interque hos D. Cujacio *lib. 12. Obs. c. 12.* pro ignarus legenti, gnarus ; item, aditione, pro actione. Mihi prior Cujacii conjectura necessaria videtur : posterior supervacua : apta voce, actione ; persecutionem extraordinariam, qualis est fideicommissi, in præsentia designante *l. 178. §. 2. D. de verb. signif.* Igitur ait Ulpianus, (ad quem veniendum) Papinianum putasse, deficientem portionem fideicommissarii jure adcrendi fieri. quod his quæ dicta sunt, repugnat. Sed est observandum, quod fiduciarius in casu quem tractat Papinianus, non sponte adiit hereditatem, sed a Præatore coactus ex secundo capite Senatusconsulti Pegasiani : eoque omni privatur commodo quod ex testamento habuisset, si hereditatem sponte adiisset *l. 4. l. 27. §. 2. D. Ad Senatusc. Trebell.* nec tamen Ulpianus vel sic negat, portionem deficientis heredis heredi scripto subtili jure adcrecere : quamquam vult, eum teneri, eam restituere exemplo portionis in quam institutus fuerat. unum annotabo ; quod Ulpianus, quæsito, an fideicommissario nova opus sit actione, siue nova persecutione, siue nova postulatione decreti extraordinaria, ea in specie adhiberi solita, ex sententia Papiniani ait, securum esse eum posse, id est, non habere tali opus postulatione. Addit, de illo plane solo quarendum ; an ei, postquam portio adcrevit, nova opus sit restitutione ? sensus est : Licet nulla indigeat postulatione novi decreti quo heres compellatur, hereditatem iterum adire : tamen ei nova opus est restitutione ; quia portio deficiens utique heredi scripto ipso jure adcrevit. Quod si est : profecto liquet, hereditate sponte adita & restituta a fiduciario, portionem coheredis deficientis deinde non adcrecere fideicommissario, licet habeat bona hereditaria : sed fiduciario, quem vel his restitutis, heredem esse, & hereditatem jure civili retinere, negari neque potest, neque debet. Quod si est : idem multo verius dixerim ; vendita hereditate, si quærat, utrum emptori, an venditori, adcreseat portio coheredis : nulla dubitatione, neque emptorem hereditatis emptione heredem fieri, ut maxime ei a venditore præstetur quod ex hereditate pervenit ; neque venditorum desinere heredem esse, quamvis omne quod hereditatis fuerit, emptori præstiterit. Proinde ne illud quidem me hinc seducit, quod

quod ex l. 33. §. 1. *D. de usufructu* passim jactatur, portionem portioni, velut in fundi alluvione, ad crescere: cum bona hereditaria, emptori a venditore præstata, portione hereditatis in præsentia non censeantur: sed portio hereditatis, quam apud venditorem esse, cum ex superioribus claret, tum præterea ex Ulpiano l. 4. §. ult. *D. Si quis omiff. caus. testam.* Verum adhuc vexat te Ulpianus l. 83. *D. de adq. hered.* sic scribens: *Si totam an partem ex qua quis heres institutus est, tacite rogatus sit restituere; apparet, nihil ei debere ad crescere, quia rem non videtur habere.* Ita Florentina editur, *totam an partem.* in quibusdam libris est, *totam an partem.* at pro Florentina lectione stat Cujacius lib. 2. *Observ. c. 7. §. lib. 3. c. 38.* argumentis non contemnendis, quamquam in re levi. Proponitur Titius heres ex semisse institutus, testatori tacitam accommodasse fidem de rota ea parte personæ incapaci restituenda. fraude illa detecta, ei fisco portionem hanc ex Lege Julia & Papia aufert tamquam indigno: sed defecit coheres. quaeritur, an Titio ad crescat coheredis portio? ait Ulpianus, nihil ei debere ad crescere: hac addita ratione: quia rem non videtur habere. Inde possit quis sic argumentari: Si venditor hereditatis jure ad crescendi gaudet, quasi videatur rem habere, postquam emptori præstitit, quod ad se pervenit: ergo eum quoque, qui testatori tacitam accommodavit fidem, jure ad crescendi frui oportet: nam & hic heres permanet, quamvis amissis bonis hereditariis, at posterius refutat locus præsens. quid ni igitur & prius a vero aberrare existimetur? Vides argumentum in speciem grave ex d. l. 83. sed in rem præsentem venientibus, levis momenti. Ain' vero? Ille, cui portio deficiens in d. l. ad crescit, non est fiscus, ut creditur: sed institutus heres; licet bona ei, tamquam indigno, fisco sint ablata. quam ob rem? quia is heres manit subtili jure. putemus Ulpiani verba. non ait, nihil ei ad crescere: sed nihil debere ei ad crescere. finit igitur, heredi scripto ad crescere deficientem portionem: sed non vult, ei sic ad crescere; ut possit eam per Legem retinere. imo vult ei quod ad crevit, Legis severitate auferri. loquitur igitur Ulpianus de effectu Juris: non de ejus subtilitate, qua de nostra est disputatio. Nec alio spectat subjecta ratio: *Quia rem non videtur habere.* sensus: quod heres scriptus habet quidem rem, sed non potest retinere: habere igitur non intelligitur. Illud mirere; quod, cum lege ei auferatur acquisitum jure ad crescendi, non æque ei auferatur commodum pupillaris substitutionis l. 43. §. ult. *D. de vulg. & pupil. substit.* Sed refert, quod jus ad crescendi magis legi debetur, quam voluntati testatoris. contra pupillaris substitutio magis testatoris voluntati, quam legi, debetur. heres porro testatori tacitam accommodans fidem, non offendit testatorem, sed legem. paret enim testatori; licet fraudare legem cogitat. peccans igitur contra legem, merito habetur indignus legis beneficio: at non idcirco est indignus judicio testatoris. quid ni igitur admittatur ad pupillarem substitutionem: ut non admittatur ad jus ad crescendi? Hactenus de priore quaestione.

Succedit altera; an teneatur venditor, quod ad eum jure ad crescendi pervenerit, emptori præstare actione ex stipulatu aut ex empto? Forte dices, tene ri; si id sit inter contrahentes actum. Mihi vero prior ratio videtur credere, venditorem, etiam cum nihil est actum hac in parte, emptori præstare quidquid jure ad crescendi ad eum venerit; quasi hereditate vendita, venditus sit effectus universi juris, quod ad venditorem ex hereditate, ea non vendita, pervenisset. ita oportet emptorem habere non plus, non minus, quam venditoris fuisset, quocumque tempore pervenerit, sive morti defuncti, sive aditionis, sive venditionis, aut deinceps l. 2. §. 1. & 4. *D. h. t.* atque hoc est, quod in §. 18. d. l. dicitur, *Æquissimum esse, emptorem hereditatis* (venditoris respectu: sic enim interpretor) *vicem heredis obtinere.* proinde quid restat? nisi ut putemus, venditorem quod ei,

tamquam heredi, ex hereditate ad creverit, emptori actione ex empto aut ex stipulatu præstare oportere. Non me de gradu, quem hic cepi, dejicit forte secutura hinc mercis & pretii inæqualitas. Nam cum hereditas emitur, nisi de substantia quid adfirmetur l. 15. h. t. fere spes emitur, ut in rebus: nec fuerit iniquum, ex spe sicut periculum, ita emolumentum, ad emptorem pertinere l. 10. & 11. *D. h. t.* licebitque mihi huc revocare hoc Pauli l. 14. §. 1. *D. eod.* *Si hereditas venderetur, venditor res hereditarias tradere debet: quanta autem hereditas est, nihil refert.*

Tantum de stipulatione emptoris. Quæ venditoris? non extat formula. licebit tamen talem confingere: *Quantam pecuniam ejus, quod defunctus debuit, dederò, solvero, præstiterò, hereditario nomine, tantam pecuniam dare spondes.* Huic conjecturæ testimonium præbet, cum Julianus l. 18. h. t. tum Ulpianus l. 178. §. ult. *D. de verb. signif.* sic scribens: *Hoc verbum, debuit, omnem omnino actionem comprehendere intelligitur, sive civilis, sive honoraria, sive fideicommissi fuerit persecutio.* Ulpiani sensus: emptorem hereditatis promittentem venditori reddere quidquid ejus, quod defunctus debuerit, hereditario nomine solverit, comprehendere omne defuncti debitum quali quali actione. Estque hoc rationis: nam sicut lucrum omne ad emptorem hereditatis pertinet, ita damnum quoque debet ad eundem respicere d. l. 2. §. 9. h. t. Igitur spectant huc impensæ a venditore factæ tamquam ab herede & hereditario nomine: ut sunt exempla in d. l. 2. §. 10. 12. & 14. modo venditori aliquid absit eo nomine. cæterum, si nihil absit, consequens erit dicere, non competere ei actionem d. l. §. 11. His oneribus accedunt vectigalia publica & tributa d. l. 2. §. 16. item impensæ funeris §. 17. nec minus æs alienum defuncti: sive extraneo debuerit, sive ipsi heredi: licet hic confusione creditor esse desierit: quia æquissimum videtur, emptorem hereditatis vicem heredis obtinere, & idcirco venditori hereditatis teneri d. l. 2. §. 18. quomodo & servitutes confusione amissas, venditori restituere debet d. l. 2. §. 19. Sed ut ad æs alienum revertamur, tenetur hoc emptor venditori restituere: sine discrimine, utrum defunctus id debuerit tempore mortis, an in diem, aut sub conditione, quæ postea extiterit. illa est deliberatio, an possit ejus debiti esse actio adversus heredem; ne forte etiam ex his causis, ex quibus cum herede actio non est, cum emptore agatur d. l. 2. §. 18.

Est & alia observatio circa æs alienum ab emptore in se susceptum; ne is a creditoribus eo nomine conveniatur: nam hoc jura non ferunt. nec tamen ignoro, sic placuisse, hereditate a fisco vendita l. 1. C. h. t. verum æque scio, quod in honorem fisci est singulari ratione constitutum, ad consequentiam produci non oportere: explorato, venditorem hereditate vendita heredem manere, neque emptorem ob eam emptam heredem esse incipere. ita liceat emptori, actiones ultro, si velit, suscipere: detur etiam venditori exceptio adversus creditores, ad eum revertentes: (ut fit in l. 2. C. de pactis. ex professo a me exposita lib. sing. *Ad Edict. de pact. & transact. cap. 2. pag. 489.*) non cogitur tamen emptor eas invitus suscipere. quid hæremus? clare Antoninus Floriano cuidam sic rescribit l. 2. C. h. t. *Ratio juris postulat, ut creditoribus hereditariis & legatariis seu fideicommissariis te convenire volentibus tu respondeas: & cum eo, cui hereditatem vendidisti, tu experiaris suo ordine.* Addit, *Quamvis ea lege emerit, ut creditoribus hereditariis satisfaciat: excipere tamen actiones hereditarias invitus cogi non potest.* Antoninus significat, quod emptor hereditatis non potest ideo quod in se recepit onus æris alieni, a creditoribus ad solutionem cogi actionibus directis, si inter eos nulla intervenit stipulatio; neque utilibus, quia id nusquam proditum. Nec me movet, quod in fideicommissis tale quid obtinuit adversus fideicom-

missarium, restituta hereditate. nam id Senatusconsulto Trebelliano effectum, ad emptorem hereditatis sine simili auctoritate producendum non est.

Alia est præterea observatio in *l. 18. b. t.* species talis: Titius pecuniam sub pœna debens, mortuus relictis pluribus heredibus. unus, antequam hereditatem adirent cæteri, omnem solvit pecuniam ab hereditate debitam, eamque sic a pœna liberavit. idem mox suam vendidit portionem. non est dubium, quin habeat actionem familiæ eriscundæ adversus coheredes, pro quibus necesse habuit integram solvere pecuniam, cum non posset sibi negotium gerere *l. 25. §. 13. D. Famil. erisc.* Illud quæritur, si non possit a coheredibus, propter eorum egestatem, recipere soluti partem: an ei jus sit, eo nomine adversus emptorem hereditatis experiri actione ex stipulatu, si stipulatio intervenerit, alioquin ex empto? ait Julianus. qua ratione? quia solvit hereditario nomine, tamquam coheres: & æquum visum est, emptorem hereditatis heredis vicem obtinere, non in commodis tantum, sed in incommodis quoque.

Hæc, si venditor jam aliqua solvit. quid, si adhuc nihil erogavit: verum quoquo modo obligatus sit propter hereditatem? vel hoc nomine agere cum emptore potest *d. l. 2. §. 20. D. b. t.*

Altera Rubricæ pars est de actione vendita. in qua jam non quæremus, an vendi possit actio: hoc enim tractavimus supra; sed quæ possit vendi actio; item quid ea venditione comprehendatur; tum quis sit effectus venditæ actionis. Primum dicam posse vendi actionem, etsi obligatio, ex qua illa nascatur, sit in diem, aut sub conditione *l. 17. D. b. t.* Non magis refert, utrum sit in personam, an in rem *l. ult. C. b. t.* Nec opus debitoris consensu: quia actio, quæ alienatur, non est debitoris. creditor contra eam alienat jure proprio: cujus ipse est moderator; debitor non est. Hoc clare Alexander. *l. 3. C. eod.* Verba: *Nominis venditio etiam ignorante vel invito eo, adversus quem actiones mandantur, contrahi solet.* Sequens locus est, quid hac venditione comprehendatur. sic autem censeo, actionis aut nominis appellatione non venire rem debitam; sed jus eam in judicio persequendi *§. 2. Inst. de reb. corp. & incorp. pr. Inst. de actionib.* proindeque actione aut nomine vendito, non rem debitam aut ejus dominium intelligi venditum; sed jus eam perendi, persequendique *l. 8. C. b. t.* Inde Ulpianus *l. 4. b. t.* Si, inquit, nomen sit distractum, Celsus lib. 9. Digestorum scribit, locupletem esse debitorem, non debere præstare: debitorem autem esse, præstare, nisi aliud convenit. Sufficit igitur venditori, præstare actionem: & (quod ex Paulo subjicitur *l. 5.*) sine exceptione quoque; nam cum exceptio sit quasi quæ-

dam exclusio actionis *l. 2. D. de except.* interest, ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur *l. 112. D. de reg. jur.* Hoc ita esse, inquit Paulus *d. l. 5.* nisi quid in contrarium actum sit. & addit, si certæ summæ debitor dictus sit, in eam summam teneri venditorem: si incertæ, & nihil debeat, quanti intersit emptoris. Ordo ducit me ad effectum venditæ actionis. is est; ut venditor, quidquid compensatione vel exactione fuerit consecutus, integrum emptori restituere compellatur *l. 23. §. 1. b. t.* quod si nihil accepit: debet actionis, quam adversus reum principalem habet, omne jus, quod in ei ex ea causa competit, tam adversus ipsam rem, quam adversus intercessores hujus debiti cedere: nisi aliud actum est *d. l. 23. pr. debet & pignoris persecutionem præstare: ejus quoque quod postea accepit: nam beneficium venditoris prodest emptori l. 4. l. 1. Inst. de pign. act.* Nil egero præter propositum, præterea moneo; quod non potest emptor actionis, nisi a venditore, cujus personæ inhæret, rem suam, adversus debitorem exercere jure civili. dicitur autem cedi actio: cum venditor hanc emptori mandat, ab eo tamquam a procuratore exercendam in rem ejus: unde is procurator in rem suam appellatur. Sic in actionibus directis, quid in utilibus? has potest emptor proprio nomine sine cessione ultro instituere. Non hoc debetur juri civili, nec disputationi Prudentum; sed Rescripto D. Pii sic constituentis, hereditate ab herede vendita *l. 16. D. de pactis.* idem placuit actione vendita *l. 8. C. b. t.* aut legata *l. 18. C. de legat.* itemque in specie *l. 1. §. 13. D. de tut. & rat. distr.* In societate vero omnium bonorum, in qua item sint nomina, simile non reperio. contra video in *l. 1. §. 1. l. 2. & 3. D. Pro socio* sic dici: *In societate omnium bonorum omnes quidem res, quæ cœventum sunt, continuo communicantur: quia licet specialiter traditio non intervenerit, tacita tamen creditur intervenire. ea vero, quæ in nominibus sunt, manent in suo statu, sed actiones invicem præstare debent.* Video etiam idem a Juliano notari in peculio *l. 16. D. de pecul.* Sine dubio, quia in his speciebus defecit Constitutio, quæ in superioribus utiles actiones induxit. ideoque ad has porrigere ejus vim sine auctoritate Principali ausa non fuit Jurisconsultorum vetecundia: repugnante jure summo. Ut ut erit, quod de utilibus actionibus dixi, primum placuit in actionibus personalibus: deinde porrectum ad actiones in rem: idque certi & indubitati juris esse, ait Justinianus *l. ult. C. b. t.* Hæc sic obtinere ad Principatum Imp. Anastasii: qui in nominum actionumque venditione aliquid mutavit *l. 22. C. Mandati*, cui addenda sequens Justiniani *l. 23.*

TITULUS V.

De rescindenda venditione, & quando licet ab emptione discedere.

Postquam est dictum de emptoris & venditoris consensu, item de merce & pretio, quibus emptionis & venditionis forma ac substantia perficitur: age, perfectæ effectus subjiciamus. Primus est, quod emptio & venditio, mutuo emptoris & venditoris consensu perfectæ, alterius pœnitentiâ, altero invito, rescindi nequit. Liceret defungi generali regula: quæ dicat, contractus ab initio esse liberatis, postea fieri necessitatis *l. 5. C. de oblig. & act.* sed malo adferre, quod de emptione & venditione nominatim sic scribunt Diocletianus & Maximianus *l. 3. C. de rescind. vend.* De contractu venditionis & emptionis jure perfecto, alterutro invito, nullo recedi tempore bona fides patitur. Et addunt, *Nec ex rescripto nostro.* Item, *Quo jure fiscum nostrum uti saepe*

constitutum est. Nimirum, quia Princeps, etsi legibus solutus, tamen legibus vivens, alteri jus suum auferre non potest. Sit igitur emptionis perfectæ exitus: ne alterius pœnitentiâ, altero invito, rescindatur. utique, ubi nullæ intervenerunt arrhæ: imo vel his datis. nam earum datio emptionem nunquam infringit: magis confirmat. itane? rem putemus, si non licet alteri, altero invito, renunciare emptioni sine arrhis contractæ: quo modo licebit ab ea abire, arrhis datis? non est enim arrhæ datio solutæ emptionis argumentum aut causa. contra habetur pro argumento perfectæ. nec fas est, pro causa rescindendæ emptionis adhiberi arrham, quæ ejus perfectio probatur. quando est perfectæ emptionis exitus, ut invitos teneat. Sit ita jure vetere: at novo aliter statuit

ru Justinianus *pr. Inst. de empt. & vend.* palam confessus, arthi subsecutis, live in scriptis, live sine scriptis, venditio celebrata est, emptorem quidem, qui recusat adimplere contractum, perdere, quod dedit; venditorem ^{per} duplum restituere compelli, licet super arthi nihil expressum est. Dat igitur, pro arthi, pœnitentiæ locum; non modo adhuc desit emptioni scriptæ aut non scriptæ: sed etiam, si illa jam celebrata, id est, omni modo perfecta & absoluta sit. Verum videamus; ne Justinianus distinxerit emptionem adhuc faciendam a jam facta, in posteriore specie ait, se intactum reliquisse jus vetus: in priore aliquid novi induxisse. Ita est, vetuit, emptionem scriptam deinceps solo perfici consensu de re & pretio: imo iussit, consensum, quo emptio contrahitur, demum scripturæ absolutione perfici: & consequenter conventionem de re & pretio magis fieri pactionem de emendo & vendendo, quam emptionem & venditionem. Atque ut hoc in emptionibus scriptis constituit; sic iussit, idem in non scriptis observari. Præterea in his permisit, quamdiu de re & pretio non omnino convenit, (ut sunt tales casus in *l. 35. §. 5. D. de contrah. empt.*) arrhas dari eum in finem; ne tale placitum de emendo temere negligatur, hoc prætextu, quod ex pacto non nascitur actio. Egisse hoc in *d. pr. Inst. d. t.* Justinianum, suadent complura. primum est; quod is dicit, se in emptione non scripta nihil innovasse. Alterum est, quod non scriptam emptionem comparat cum scripta, sed imperfecta: ut vero apta sit hæc comparatio, etiam intelligenda non scripta est de casu, quo nondum est perfecta. Insuper facit, quod *d. pr.* est descriptum ex *l. 17. C. de fid. instrum.* ideoque si quid sit alicubi obscure, aut negligenter scriptum; rationis est, difficultati subveniri collatione *d. l. 17.* quæ sit clarius: sicut huc ipse se remittit Justinianus in *d. pr.* Ille certe in *d. l. 17.* non utitur præterito tempore, sed futuro: non enim dicit, venditio celebrata, sed facienda emptio. similiter non dicit, qui vendidit, sed qui vendere pollicitus est. item non dicit, qui emit, sed, qui emere pactus est. manifesto argumento, illa ne in Institutionibus quidem oportere in præterito tempore intelligi: sed celebratam emptionem vel ibi pro celebrandam accipi: non inusitata temporum mutatione, etiam alibi a me animadversa. Possit quoque istud, *Sive in scriptis, sive sine scriptis venditio celebrata est*, in *d. pr.* sic explicari, quasi sit, Si actum est; ut venditio vel in scriptis, vel sine scriptis celebraretur. quomodo sapius apud Auctores, cum nostros, tum alios, verba non effectum, sed conatum, indignant. Verum hoc ostendi *lib. 2. Probabil. c. 6. n. 3. & c. 11.*

Abrumpamus hoc filum, & revertamur ad juris regulam. ex ea non potest quidem perfecta utriusque consensu emptio, unius dissensu dissolvi: sed eam contrario utriusque consensu resolvi, nihil impedit: nimis noto, unumquodque eodem dissolvi modo, quo colligatur *l. 35. D. de reg. jur.* nec male apud Paulum Julianus *l. 3. D. de rescind. vend.* negat, deinde ex empto agi posse: hac optima ratione, quod bonæ fidei iudicio, quale est ex empto actio, exceptiones insunt, ideoque emptionem ipso jure infirmant. Sic; quamdiu res est integra, non idem est; si desit esse talis, forte pretio soluto, aut re tradita: nisi actus quoque priori similis retroagens venditionem, intercesserit *l. 1. C. Quand. lic. ab empt. reced. l. 58. D. de pact. l. 2. D. de resc. vend.*

Potest igitur emptio venditio rescindi contratio emptoris & venditoris consensu. an etiam sine eo? potest: si intervenierit dolus, aut metus, aut error. tum enim contractum valere, bona fides non patitur. Sed de dolo & metu quia ex professo egi *lib. sing. De form. emend. dol. mal.* licebit mihi in præsentia supervacuo parcere labori. De errore vero, ut res meretur, accuratius disputabo. Errorem consensui esse adversum, omnes recte censent. constat

enim consensus ex duobus, puta ex intellectu & voluntate: ac sicut voluntatem vis & metus, ita intellectum error excludit: imperitiam deregens. hac igitur ratione Ulpianus, non videri inquit, qui errant, consentire *l. 116. D. de reg. jur.* Cæterum error est alius in corpore, alius in nomine, alius in sexu, alius in qualitate, alius in pretio. Ulpianus sic ait *l. 9. D. h. t. Sive in ipsa emptione dissentient, sive in pretio, sive in quo alio, emptio imperfecta est.* Generalis est is sermo: *Sive in quo alio.* Cicero nem audi *Agraria 11. c. 15. p. 441. ad fin. Longum putavit & timuit, ne quid præteriret: adscripsit, Aliudve quid. qua brevitate rem nullam esse exceptam videtis.* Sed rem videamus. Error primus cadit in corpus: ut, si ego me fundum emere puto Cornelianum, tu mihi te vendere Sempronianum putasti: tum vero Ulpiano *l. 9. h. t.* nulla videtur emptio, quasi imperfecta sit; ubi apparet, contrahentes non consentire de re, quæ venditur: ut substantia emptionis postulat. Altera inspectio est, si in nomine erratur, cum de corpore constat. hic vero magis esse Ulpianus putat, ut emptio valeat *d. l. 9. §. 1.* nec sine ratione: reperta enim sunt nomina rerum significandarum gratia: quæ si alio quolibet modo intelligantur, nihil refert *§. 29. Inst. de legat.*

Difficilior est tertia Ulpiani deliberatio, quid juris sit: si non in ipso corpore, sed in substantia, vel, quod idem, in qualitate, seu materia (timili enim modo hæc accipiuntur *l. 9. §. 2. & l. 14. h. t.*) sit erratum. pone: acetum pro vino venditum, æs pro auro, plumbum pro argento, vel quid aliud argento simile? ait Ulpianus, Marcellum scribere, emptionem & venditionem esse: & causari, quod utique in corpus consensum est; etsi admissus error sit in materia, id est, in qualitate, seu substantia. Atque ipse in vino consentit; si modo vinum acuit. & pro ratione subjicit; quia eadem prope est, id est, substantia. sensus, acetum aliquid ex vino retinere, si vinum acuit: cæterum, si non acuit, sed ab initio acetum fuit, ut embamma, id est, intinctus, aliud pro alio venisse. in cæteris, id est, cum æs pro auro, venit, plumbum, sive stannum, pro argento, nullam esse venditionem, quoties in materia erratur. Sic Ulpianus in *d. l. 9. §. 2.* idque in *l. 11.* (quæ est ex eodem libro 28. Ad Sabinum, ex quo est *d. l. 9.* ideoque ei jungenda) exponit exemplo hoc pulcherrimo: Cæcus emit rem quæ dicebatur aurea. ea reperitur ænea. ita venditum est corpus certum: sed in materia erratum. an valet emptio; negat Ulpianus. Atqui consensum est in corpus. Nempe sub conditione, si sit aureum; ut præ se ferebat venditor. aliter non consentit cæcus, qui non videt. utique corpus, quod voluit, non est aureum; sed est æneum, quod noluit: deficiente conditione, in quam consensit, non est emptio. Hoc in cæco manifestum. Idem in eo qui videt quidem, sed est imperitus discernendarum materialium. nam nec ille in corpus, quod aureum dicitur, consentit; nisi sub eadem conditione, si sit aureum: quia, ut videat corpus auri colorem habens; utrum tamen aureum sit, an æneum, non magis discernit, quam cæcus, qui non videt. Est vero vel hoc (quod Paulus observat in *l. 10.* sic temperandum: Nisi aureum quidem fuerit: deterius autem, quam emptor existimaret, cedo, quam ob rem? quia (ut optime Ulpianus *l. 14.* quæ etiam est ex lib. 28. Ad Sabinum) habet auri aliquid: idque sufficit; ut non in corpus tantum, sed in substantiam quoque, consensum putetur. Valet igitur tunc emptio.

Mea ratio est, idem dicere de errore in sexu. Ecce: Ego vendo tibi mulierem. tu putas, te emere puerum. an est consensum in corpus venditum? atqui alius est puer, alia mulier: nec mulierem cogitavit emptor, sed puerum. nulla igitur est emptio & venditio: in qua non est magis consensus; quam si omnino sit erratum in materia. quid, si ego puta-

rem, me emere virginem, cum esset mulier? jam valet emptio. quo argumento? quia non est erratum in sexu: hoc est, quia non est omnino erratum. Ain' vero? si vacat; rem consideremus, simul vim vocabuli, quo de agitur. Virgines apud Latinos dicuntur mulieres: & vice versa mulieres dicuntur virgines: illae integræ, hæ corruptæ. hac ratione valet emptio stupratae virginis, quæ creditur integra: quia ut vitiata sit & deterior, utique est mulier, & ut dixi, virgo: quemadmodum dictum de auro, in quo æs sit. Firmamentum his accipe a Tertulliano, *De virginib. veland. c. 5.* Verba Tertulliani. *Sed quoniam ita mulieris nomen usurpant, ut non putent competere illud, nisi ei soli, quæ virum passa sit, probari a nobis oportet, proprietatem ejus vocabuli ad sexum ipsum, non ad gradum sexus pertinere, quo communiter etiam virgines censentur.* Ipse Ulpianus *l. 25. §. 9. D. de aur. argent. Mulieres omnes dici, quæcumque sexus feminini sunt.* Similiter Celsus *l. 81. §. 1. D. de legatis lib. 3. Mulieribus legatis, etiam virgines debentur: sicut viris legatis, etiam pueros deberi respondetur.* Sic: si venditor nescivit, vitiatam esse virginem. at, si scivit; dolus est: propter quem Ulpianus *l. 11. §. 5. D. de act. empt.* ait, agi posse; ut contractus dissolvatur.

Vera sunt, quæ dixi omnia: sed in varias incidunt difficultates, hic minime dissimulandas. Primam movet Paulus *l. 21. §. 2. D. de act. empti*: cujus verba sunt Florentiæ talia: *Quamvis supra diximus, cum in corpore consentiamus, de qualitate autem dissentiamus, emptionem esse: tamen venditor teneri debet, quanti interest, non esse deceptum. Et si venditor quoque nesciat, veluti si mensas quasi citreas emat quæ non sunt.* Hic Paulus negat, emptionem vitiari errore in substantia admissio: quamvis id affirmet Ulpianus *d. l. 9. §. 2.* Sed commode notavit Cujacius *lib. 2. Observ. c. 2.* mendosam esse Florentinam scripturam: sincerius edi ab Haloandro: *Quamvis supra diximus, cum in corpore consentiamus, de qualitate autem dissentiamus, emptionem non esse, tamen venditor teneri debet.* Præterea observavit Cujacius, hanc scripturam juvari collatione *l. 10. h. t.* auctorem similiter habentis Paulum, nec a sententia, quam Haloandri scriptura Paulum supra tenuisse ait, abhorrentis. Aliquis dicat; quod alter locus est ex Pauli libris Ad Sabinum, alter ex libris Ad Edictum. Sed hoc me non confundit: existimantem, quid Paulus senserit, liquere ex ejus libris, utcumque diversis. Illo te offendi nolim: quod Paulus in *d. l. 21. §. 2.* ait, nullam esse venditionem, & nihilominus vult, venditorem teneri, quanti emptoris interest, se non esse deceptum. Nam hoc facile extricatur simili Modestini loco in *l. 62. §. 1. D. h. t.* ubi non valet emptio respectu venditoris, si id nolit emptor; & valet respectu emptoris ad id, quod interest se non esse deceptum. Magis vexat me versus sequens in *d. §. 2. l. 21.* *Et si venditor quoque nesciat.* nam is (quod miror neque Cujacium vidisse, nec alium Doctum Virum) manifeste falsus est, simpliciter sicut ibi ponitur intellectus: eo quod venditor ignorans, potest quidem conveniri, ut ab emptione & venditione recedatur; aut alioquin quanti minoris, si hoc malit emptor. sed ad id quod interest, teneri non potest. Igitur per me licet, expungas verba, cum superioribus non coherencia, tamquam spuria: aut, si hoc grave tibi sit; putes, esse Synchusin, sæpius alibi a me notatam apud Veneres. Si hæc placet conjectura: non erunt verba ista, *Et si venditor quoque nesciet*, aptanda his posterioribus, *Tamen venditor teneri debet, quanti interest non esse deceptum*: sed illis prioribus, *Quamvis supra diximus, cum in corpore consentiamus, de qualitate autem dissentiamus, emptionem (non) esse.* Erit vero sic Pauli sensus: Cum in corpore quidem consentimus, de qualitate autem dissentimus, veluti si mensas quasi citreas (pretiosissimas has fuisse, ad

hunc locum multis ostendit Dionysius Gothofredas) emat quis, quæ non sunt citreæ: non videtur emptio: si venditor sciverit, si ignoraverit: cum hoc tamen discrimine; ut, si quidem sciverit, teneatur ad resolvendam emptionem; & si ignoraverit, quanti interest emptoris, se non esse deceptum: si vero nesciverit, non ulterius, quam ut restituto pretio, recepta mensa, ab emptione & venditione recedatur. de prima difficultate. Alteram movet Julianus *l. 41. §. 1. D. h. t.* Verba Juliani: *Mensam argento coopertam mihi ignoranti pro solida vendidisti imprudens: nulla est emptio, pecuniaque eo nomine data condicetur.* Vendita est mensa argentea, ex solido non est talis: saltem ex parte est. nihilominus (quod negat Paulus *l. 10.* etiam Ulpianus *l. 14. D. h. t.*) nulla dicitur illa emptio; potestque pecunia eo nomine data condici: ut solet condictio sine causa, & similes, cum aliis actionibus concurrere: ut notavi alibi: nec fallam, si in præsentia huc referam ex *l. 23. D. h. t.* hoc Pauli plane similiter dictum: *Et quod solverit eo nomine emptor condicere potest.* Sed quid est? mihi placeat observatio D. Cujacii *lib. 2. Observ. c. 4.* Julianum nil facere ad Ulpianum & Paulum: nam inargentata vel argentosa, de quibus hi disputant, esse separatanda a coopertis saltem argento, de quibus agit Julianus. mensæ aeneæ argentatæ vel argentosæ inesse argentum, ejusve partem facere infusione, aut admixtione. at mensam ligneam argento coopertam non esse argenteam, ne pro parte quidem: sed esse ligneam; cum vendita sit argentea; eaque, ut Plinius loquitur *lib. 13. Hist. nat. c. 15.* tantum sit operimento laminæ vestita. Utramque sic distinguit Papinianus *l. 9. §. 1. D. de supell. legat. Supellectilis mensas esse cujuscumque materiae, scilicet vel argenteas, vel argento inclusas placet.* Tercio videtur Ulpiano & Paulo adversari sequens Marciani Locus in *l. 43. D. h. t. Labeo libro Posteriorum scribit, si vestimenta interpolata quis pro novis emerit, Trebatio placere, ita emptori præstandum quod interest, si ignorans interpolata emerit, quam sententiam Pomponius probat, in qua et Julianus est: qui ait, si quidem ignorabat venditor, ipsius rei nomine teneri: si sciebat, etiam damni, quod ex eo contingit: quemadmodum si vas aurichalcum pro auro vendidisset ignorans, teneretur, ut aurum, quod vendidit, præster.* In fine hujus loci (inde enim initium explicandi sumam) proponitur aurichalcum pro auro venditum, erratum igitur in materia, & quidem in totum. nam aurichalcum non est aurum: sed æs, tantum aurum colore præferens; ideoque præstantius ære vulgari: æs tamen, non aurum, ne ex parte quidem, etsi existimarint quidam, decepti, ut videtur, sono *l. 4. D. de legat. lib. 1.* ficcine? proprie aurichalcum dicitur a monte qui Græcis οὐρε, unde effoditur: auctore Festo. Igitur aurichalco pro auro vendito, nullam esse venditionem, diceret Ulpianus. Sed Marcianus in *h. l.* emptori adversus venditorem dat actionem ex empto; ut aurum, quod vendidit, præster. Vult igitur valere emptionem, ex qua vult competere empti actionem. Sed non puto, sequi: ex empto datur actio; ergo valet actio. imo supra ostendi, id fallere in *l. 62. §. 1. D. h. t.* ita aliquando valet emptio ex parte emptoris; cum non valeat ex parte venditoris *l. 6. §. 1. d. t. & l. 13. §. 29. D. de act. empt.* Hoc aut simile intendit Marcianus: is ubi dicit, venditorem teneri, ut præster aurum quod vendidit; proximum signum est, non constare aurichalci venditionem. nam est consensus in aurum: aurichalcum autem est æs, in quod non est consensus. emptionem ergo sine consensu esse, an patitur fides bona? Non dicet. Ego vero plus censeo, inæqualitatem ex tali errore natam, non emendari actione, quanti minoris: prout fieret, si in materia non omnino erratum foret; eoque valeret emptio. quid ergo? mea fert opinio, esse bonæ fidei consentaneum, ut præstetur aurum venditum: sin minus ab emptione recedatur, & resti-

& restituto pretio, aurichalcum recipiatur. Hoc quidem Marcianus, si tam venditor, quam emptor aurichalcum esse ignoravit: at si esse scivit venditor: longius it Marcianus. non enim vult, emptorem tum emptionis dissolutione esse contentum: sed præterea patitur, eum agere ad id quod ejus interest, se deceptum non esse. Sic in aurichalco pro auro vendito Marcianus. Nec aliter censet; si quis vestimenta interpola pro novis emerit: id est, si quis voluerit emere nova; & venditor profiteatur, se vendere talia; cum sint interpola. putat enim, (sic mihi videtur) nullam esse tum emptionem: quia non est consensus in interpola: nec sunt nova in quæ consensus est. igitur fuit Marcianus, & hic agi ex empto; ut aut nova præstentur, aut emptio resolvatur, & restituto pretio vestimenta interpola recipiantur. Huc pertinent sequentia verba: *Si quidem ignorabat venditor, ipsius rei nomine teneri.* Quid enim significant: nisi, ut venditor nova præstet vestimenta in quæ est consensus: sin minus, pecuniam restituat, & vestimenta recipiat: hoc modo ipsius rei nomine tenetur: si quidem ignorans vendidit interpola. at si sciens vendidit: jam tenebitur etiam ad id quod emptoris interest, se deceptum non esse. Aliquem adhuc morari possit Paulus in *l. 22. D. de verb. oblig.* ad hunc scribens modum: *Si id quod aurum putabam, cum es esset, stipulatus de te fuero: teneberis mihi hujus æris nomine: quoniam in corpore consenserimus. sed ex doli mali clausula tecum agam, si sciens me fefelleris.* Sed est differentia inter emptionem & stipulationem. an quod stipulatio est stricti juris, emptio bonæ fidei? non placet: nam ne pignus quidem ære pro auro oppignorato vitiatur *l. 1. §. 2. D. de pign. act.* licet pignus sit bonæ fidei. potior illa est differentia, quod qui stipulatur aliquid, ejus, quia promissori nihil vicissim præstat, interest potius, habere id in quo erratum sit, quam nihil. idemque est in pignore quod creditor a debitore accipit in securitatem debiti. aliud est in emptione & venditione: nam in ea promissio venditori pretio pro æneo corpore, quod putabatur aureum, non expedit emptori, habere corpus; pro quo darurus sit promissum pretium. Hac igitur ratione fit: ut contrahentium voluntatem pro eorum utilitate sic interpretemur in utroque contractuum genere: ut modo in corpus consensisse, modo dissensisse videantur.

Hactenus de errore in corpore, in nomine, in qualitate, in sexu. Porro adjiciamus aliquid de errore in pretio: nam is quoque, an & quemadmodum emptioni noceat, quæstioni est, propter naturam emptionis: eo spectantis; ut permutatione mercis & pretii temporariæ indigentiae subveniat. hoc fieri, suadet ratio tuendæ societatis: ideoque sicut alias in commerciis, ita in emptione & venditione, æqualitatem inter contrahentes observari: & si quando erratum sit, quod inæquale est, emendari. Sed usus commerciorum dat industriæ contrahentium; (non improbane Aristotele, *lib. 4. Endemior. c. 2. in fin.* & ex nostris Pomponio apud Ulpianum *l. 16. §. 4. D. de minoribus*, & Paulo *l. 22. §. 3. D. Locati*) ut in pretio emptionis & venditionis naturaliter liceat contrahentibus se circumvenire. Naturaliter autem illis est quod Justiniano *Novel 97. c. 1.* est, negotiative: id est, secundum morem negotiantium; vel ut in *l. 8. C. de rescind. vend.* ajunt Diocletianus & Maximianus, secundum substantiam contractus: præfati, quod emptor viliori comparandi, venditor cariore distrahendi votum gerentes, ad hunc contractum accedant. Plautus, *Perfa 4. 4.* sic exprimit: *SA. Vin' bene emere? DO. Vin' tu pulchre vendere. TO. Ego scio hercle utrumque velle.* Quid ergo est? Veteres noluerunt, perfectam emptionem rescindi per causam soluti pretii paulo minoris: sapienter arbitrati, præstare exigua læsione castigari levitatem ad rem non attendentis; quam lites crescere in infinitum: si quali quali prætextu circumventionis in pretio temere resolveretur emptio, alioquin bona fide

contracta. cæterum humanum esse succurri circumscripto; si appareat, eum plus quam tolerabile sit, esse deceptum: quasi in tale damnum non fuerit consensus, non intellecto vero pretio: certe non ferat bona fides nimiam inæqualitatem in contractu, res humanas mutua utilitatis permutatione consolatur. fueritque eo justior hæc interpretatio: quia exactam veritatem ubivis explorare, non est cujusvis: sapere, loco, tempore, id non patiente. quare ne passim vita stet sine actu, etiam cum agi necesse sit aliquid: omne hac via procedit officium; ut magis quod verisimile est, quam quod verum, sequamur. Sic egregie Seneca *lib. 4. De benefic. c. 33.* sed verba, quia compluscula sunt, non adscribo. Igitur quærentibus, utrum fides danda sit errori in pretio; an emendanda inæqualitas ex eo proficiscens: voluerunt Veteres, damnum quo de agitur, quantum sit, considerari: consilium daturum promissæ rei modo. Eum tamen non determinarunt; magis Judici ex bona fide æstimandum reliquerunt. primi modum (sic mihi videtur) ad certum adduxere Diocletianus & Maximianus *l. 2. C. de rescind. vend.* verbis sequentibus ad quemdam Lupum: quem indigitat Inscriptio: *Rem majoris pretii si tu vel pater tuus minoris distraxerit: humanum est, ut vel pretium te restituyente emptoribus, fundum venundatum recipias, auctoritate Judicis intercedente: vel si emptor elegerit, quod deest justo pretio, recipias. Minus autem esse pretium videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit.* Hoc illic idemque iterarunt in *l. 8. eod. tit.* quæ est rescripta Euodix. Post igitur hanc Diocletiani & Maximiani definitionem minus pretium esse incipit, si læsio excedat dimidium justî, sive veri, pretii: nam hæc verba, ut apparet in *d. l. 2. & d. l. 8.* etiam alibi in *l. 5. D. de in rem verso. l. 1. §. 15. D. Si quid in fraud. patron. l. 1. §. 11. D. de offic. Præf. Urb.* pro iisdem accipiuntur. Fit autem, ut hoc addam, læsio ultra dimidium ejus pretii: si res valens viginti, vendatur octo aut novem. quod si res valens viginti, vendatur decem: jam venditur quidem parte dimidia justî, sive veri, pretii; sed non minoris, quam est pars dimidia ejus pretii. ergo non rescinditur posteriore casu: sed priore. Cæterum, ut ab humanitate proficiscitur hæc rescissio: ita non absque permittitur: contradatur emptori electio; utrum malit emptionem rescindi; an supplere quod desit justo pretio. De eo video ambigi, utrum hæc humanitas soli debeat venditori, an etiam emptori? Et quidem de solo venditore loquuntur Imperatores *d. l. 2. & d. l. 8.* non etiam de emptore. visumque inde præcipuo Juris Interpreti, Jacobo Cujacio, *Observ. lib. 16. c. 18. & lib. 23. c. 32.* eam emptori adjudicare: & Cujacio mox subscripsit Emundus Merillius *lib. 2. Variant. c. 5.* nec est alia Hugonis Grotii sententia, *Flor. spars. ad d. l. 2.* Sed frequentius est itum in contrariam sententiam, in quam & ipse inclino ego: non tamen argumentis proditis & pervulgatis; sed meis, & novis. Tale est, quod *d. l. 2. & d. l. 8.* non sunt explicandæ ad modum generalium Legum sive Constitutionum: (quod huc usque factum est) non enim sunt tales; sed Rescripta ad facta certa, Libellis cujusdam Lupi in *d. l. 2.* & Euodix in *d. l. 8.* oblata. In hujusmodi vero Rescriptis si quæ fiant argumenta a contrario, aut a consequentia, plerumque præter auctoris mentem fieri, ideoque vana esse, observavi sub Titulo, *De legibus*, & in *Julio Paulo c. vii.* utcumque ex Legibus facta sæpe fortissima habeantur: ut in *l. 1. D. de offic. ejus cui.* Hoc diligentissime teneri postulo: quia sic intelligitur, Imperatores in utroque Rescripto de venditore loqui: non quod nolint, emptori similem exhiberi humanitatem, si in pretio ultra dimidium circumventus sit: sed quod de venditore læso consultos, de eo respondere oportuit: de emptore non rogatos, de hoc rescribere nihil attinuit. Validum hoc argumentum: sed quo validius sit, sequens apponam fulcimentum, aliud præterea æque utile demonstraturum. Audiamus. In utroque Rescripto *d. l. 2. & d. l. 8.*

§ d. l. 8. Imperatores tantum de fundo vendito loquuntur : de ædibus autem , aut aliis rebus immobili-
libus, mobilibus , seve moventibus , non loquuntur.
videlicet , quia in utroque fuerant de fundo consulti :
de ædibus & cæteris rebus consulti non fuerant. & ta-
men de his quæsti , idem procul dubio rescripturi
forent : pari in omnibus ratione. Quare & Græci
Basilic. lib. 19. tit. 10. pag. 402. § seq. tom. 2. in neu-
tro loco *fundi* , sed *rei* , meminerunt. Est hoc in fun-
do evidens , mea opinione. sed non minus liquet in
venditore. nam ut demus , altum apud Imperatores
de emptore esse silentium : quemadmodum tamen
fundi mentione non excluduntur ædes , nec res aliæ
venditæ , de quibus non fuere interrogati , ita prop-
ter venditoris sonum , non oportet emptorem negli-
gi , si vel ille in pretio sit ultra dimidium circumscrip-
tus. potius dicamus , Imperatores de venditore roga-
tos , de eo rescribere ; & de emptore , si de eo con-
sulerentur , idem responsuros. At enim est alia ven-
ditoris , alia emptoris , ratio. ille vendit ex necessitate :
hic sine necessitate emit , aliquando luxuriæ indul-
gens , sæpe affectioni opportunitatis , aut vicinitatis ,
aut cæli , aut cuicumque alii. igitur pro venditore in
proposito stat commiseratio : at emptori nocet invidi-
a. Sic Cujacius. sed frustra : ut enim taceam , hæc
interdum ita , interdum aliter , se habere : nihil huc
pertinet vendendi necessitas , si non sit circumscriptus
venditor : sed si læsus sit ultra dimidium veri pretii ,
tum vero ejus damno subvenitur : æquitate contra-
ctus bonæ fidei unam inæqualitatem jure civili &
gentium improbante. Hæc igitur si emptori gravis
sit ; quid ni ei quoque succurri , paris humanitatis sit ?
His accedit ; quod hoc jus non est recens a Rescriptis
his Diocletiani & Maximiani : minime. jam ante eos
fuit observatum in bonæ fidei judiciis ; lata in his Ju-
dicum potestate , propter clausulam , Ex fide bonæ
item Quod æquius melius , aut similem. Non opus
argumentis : vel Cujacius vidit *lib. 23. Observ. c.*
24. & claret ex l. 78. § seqq. D. Pro socio. Solum ef-
fecerunt Diocletianus & Maximianus in *d. l. 2. §. 8.*
ut modus læsionis in pretio ante incertus , ideoque
Judici definiendus , esset deinceps certus & finitus.
At hoc si est : quam dabimus causam , cur nolumus ,
in emptore stare quod mutatum non est ? Cæterum
valuisse ante Diocletianum & Maximianum hæc quæ di-
xi , adeo verum est : ut videantur ipsi quod scripse-
runt de danda emptori electione , malitne ab emptio-
ne recedere , an quod deest justo pretio , supplere , ex
vetere jure Pandectarum petiisse : evincente tenore
l. 1. §. 12. § 13. D. Si quid in fraud. patron. licebit-
que ex *l. 12. §. 1. D. de jure dotum.* similia conicere
in æstimatione rei dotalis , si aut mulier aut maritus
dicat , se circumventum rem minoris æstimasse : nam
& hæc vera venditio appellatur *l. 10. §. 4. D. h. t. &*
venditio non simplex , sed dotis causa *l. 16. eod.*
neque hoc fugit Cujacium *lib. 17. Observ. c. 1.* quam-
quam putat , æstimationem dotis causa factam , in eo
separari a vulgari emptione : quod in hac errori non
succurritur , nisi egresso dimidium justi pretii : in illa
etiam consistenti intra dimidium : idque Ulpianum
significare *d. l. 12. §. 1.* At quod Cujacius putat , non
putavit Ulpianus. Fateor : hic , Si , inquit , *mulier*
se dicat circumventam minoris rem æstimasse. Sed in
d. l. 2. C. de rescind. vend. simili plane modo ajunt
Diocletianus & Maximianus , *Rem majoris pretii si tu*
vel pater tuus minoris distraxerit. quin ibi in fine
quoque sic scribunt : *Minus pretium esse , si nec di-*
midia pars veri pretii soluta sit. Quid ni igitur ad
eundem modum res dotalis vel Ulpiano in *d. l. 12.*
§. 1. putetur minoris æstimata esse ; si arbiter judicii
bonæ fidei eam minoris , quam æquum & bonum sit ,

æstimatam esse judicaverit ? Hoc utique ante *d. l. 2.*
convenit veteri Pandectarum juri : ex eoque etiam
Pomponius *l. 6. §. 2. D. d. t. de jur. dot.* sic eodem
scribit sensu : *Si in dote danda circumventus sit alte-*
ruter , etiam majori annis viginti quinque succurren-
dum est : quia bono & æquo non conveniat , aut lucrari
aliquem cum damno alterius , aut damnum sentire per
alterius lucrum. Ita nihil effecit D. Cujacius. Adfert
tamen adhuc pro se hoc Diocletiani & Maximiani *l.*
6. C. Solut. matrim. *Si circumscripta matre vestra vi-*
liore pretio res dotales æstimatae sunt , quid super hujus-
modi contractuum vitio statutum sit , vulgo patet. Æ-
que temere : si conferatur cum *d. l. 2. C. de rescind.*
vend. ex qua illam legem illustrari ipsa jubent Diocle-
tiani & Maximiani verba. Magis possint videri pro
Cujacio facere sequentia Ulpiani verba ex *d. l. 12. §.*
1. Idemque & in minore circumventa Marcellus pro-
bat. quali dos a Marcello æquetur minori ætati : cu-
jus favor est , ut læsa , etsi levius , semper restituatur
l. 16. §. pen. D. de minorib. Sed habeo mihi persua-
sissimum , ea verba non spectare ad omnia ibi præce-
dentia : sed dumtaxat ad proxima illa in versu , *Quod*
si decessit. Expedita meo arbitrio est *d. l. 2.* Nisi adhuc
examinandum ; utrum oporteat eam retineri intra
emptionem & venditionem qua de loquitur ; an con-
tra porrigi ad alios bonæ fidei contractus , in ipsa non
adductos. Verum & hæc quæstio a superioribus pen-
det. Dixi nimirum *d. l. 2.* esse Rescriptum ad factum ;
in quo fundus dicebatur minoris venditus ; & quære-
batur , an emptio ob læsionem in pretio rescindi jure
posset ? In hoc facto Imperatores , ut erant consulti
de emptione & venditione , habebant de ea respon-
dendi causam. at de aliis bonæ fidei judiciis de quibus
non erant consulti , non habebant causam respon-
dendi. & tamen de his quoque si consulti fuissent , æ-
que responsuri erant. Ain' tu ? nihil certius. qua ra-
tione ? quia & ante Diocletianum ac Maximianum
placuit in bonæ fidei judiciis , errorem æstimationis ,
alteri nimis gravem , Judiciis humanitate emendari :
huc ducente clausula Ex bona fide , aut alia simili. id
vero nunquam mutatum aibi , quantum scio : ex hoc
autem Rescripto in quo nihil tale , everti argumento
a contrario neque debet , neque potest. Interim est
quod dixi , exploratum in societate *l. 78. § seqq.*
D. Pro socio , item in dotis æstimatione *l. 12. §. 1.*
l. 6. §. 2. D. de jur. dot. tum in permutatione quæ di-
citur emptioni proxima , sicut locatio quoque & con-
ductio *l. 1. §. 12. § 13. D. Si quid in fraud. patron.*
& hereditatis divisio *l. 1. C. Com. utriusq. judic.* ad
quam tamen non referam *l. 3. C. eod.* siquidem in
ea aliud agi , demonstravi *lib. sing. Ad Edict. De*
paet. c. VII.

Exitus actionis bonæ fidei qua circumventus petit ,
sibi officio Judicis subveniri , est : ut vel suppleatur
quod deest justo pretio , vel rescissa venditione , ab
una parte fundus restituatur cum fructibus perceptis ;
ab altera pretium cum usuris. sic enim obtinetur ;
ut neuter lædatur ; utroque in eum revertente
locum in quo fuit ante perfectam emptionem &
venditionem. Justum hoc & æquum inter empto-
rem & venditorem. Verum pone , hisce immixtam
esse causam tertii : fundo ei ab emptore pignori ob-
ligato. quid dicemus ? rescissa emptione , etiam pig-
nus extinctum intelligi ? Negat D. Vinnius *lib. 2.*
Select. quæst. c. 5. & adde sis Cujacium *lib. 24. Ob-*
serv. c. 36.



TITULUS VI.

De periculo & commodo rei vendita.

Alter effectus perfectæ emptionis & venditionis est : quod periculum rei emptæ & venditæ , tametsi nondum traditæ , statim pertinet ad emptorem. Non est, quod dubites : auctor Justinianus §. 3. *Inst. de empt. & vend.* ac ne deessent exempla , apponit sequentia : si homo mortuus sit , vel aliqua parte corporis læsus fuerit , aut ædes totæ vel aliqua ex parte incendio consumptæ fuerint , aut fundus vi fluminis totus vel aliqua ex parte ablati sit , sive etiam inundatione aquæ aut arboribus turbine dejectis longe minor aut deterior esse cœperit. In omnibus his emptoris damnum esse , Imperator ait : idque interpretatur ; ut emptori adhuc necesse sit , licet rem non fuerit nactus , venditori pretium persolvere. Sic ille ; & ante Julianus l. 5. §. ult. *D. de rescind. vendit.* Pomponius l. 15. *D. de jur. dot.* & Africanus l. 39. *D. de solutionibus* , item Diocletianus & Maximianus l. ult. *C. h. t.* ne quis putet , quod Cujacio sedet , aliud Institutionibus , aliud Pandectis , convenire. Sed fallitur vir ille sagacissimus : hac verissima ratione ; quod emptor perfecta emptione , statim est creditor rei venditæ : venditor contra est debitor. interitu autem naturali speciei debitæ liberatur speciei debitor l. 23. *D. de verb. oblig.* non minus vera est sequens Justiniani ratio in d. §. 3. quod venditor ex natura contractus , utriusque contrahentis utilitati consulentis , tantum de dolo & culpa lata ac levi tenetur l. 5. §. 2. *D. Commodati* ; & quidquid sine his accidit , in eo securus est d. §. 3. postremo ait Ulpianus l. 23. *D. de reg. jur.* (quod & traditum l. 6. *C. de pign. act.*) casus fatales in nullo bonæ fidei iudicio præstari. Hæc summa : at distinctius tractanda : cupientibus, ut oportet, intelligere Veterum Fragmenta intricata & obscura.

Initium sumam a l. 8. *D. h. t.* cujus verba variant in Florentina & vulgata Accursii editione. Florentinæ sic extat. *Necessario sciendum est , quando perfecta sit emptio : tunc enim sciemus , cujus periculum sit. nam perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet. Et si id, quod venierit , appareat , quid , quale , quantum sit , & pretium & pure venit , perfecta est emptio. Quod si sub conditione res venierit , si quidem defecerit conditio , nulla est emptio , sicuti nec stipulatio. Quod si extiterit , Proculus & Octavenus emptoris esse periculum ajunt. Idem Pomponius lib. 9. probat. Quod si pendente conditione emptor vel venditor decesserit : constat , si extiterit conditio , heredes quoque obligatos esse , quasi jam contracta emptione in præteritum. quod si pendente conditione res tradita sit : emptor non poterit eam usucapere pro emptore , & quod pretii solutum est , repetetur , & fructus medii temporis venditoris sunt : sicuti stipulationes & legata conditionalia perimuntur , si pendente conditione res extincta fuerit. sane si extet res , licet deterior effecta , potest dici , esse damnum emptoris. Sic Florentinæ. Apud Accursium ita editur : *Plane si pendente conditione res interierit , perimetur emptio , sicut stipulationes & legata conditionalia perimuntur , si pendente conditione res extincta fuerit. sane si res extet , licet deterior effecta , potest dici , damnum esse emptoris.* Paulus pro certo habens, periculum rei perfecta emptione statim emptoris esse , ut perfecta intelligatur emptio, duo desiderat : unum est ; ut , præter certum pretium , appareat , quid , quale , quantumque sit , quod veniat. alterum est , ut pura sit emptio & venditio. primum oportet, esse certum pretium , & apparere , quid , quale , quantumque sit , quod venditur. id vero contingit , si vendita sit certa species l. 5. *C. h. t.* id est , certum corpus , ut Stichus servus. Non ita est, empto Sticho aut Pamphilo : quia ut in hujusmodi stipulatione , ita hic , de-*

bitoris electio est : eaque cessante , uter debeatur , quamdiu uterque vivit , adhuc incertum est. Cæterum uno mortuo , & mox altero , prior venditoris , posterior emptoris , periculo est. scilicet , quia est arbitrii venditoris promissorisve , non an debeat , sed quem debeat : & uno mortuo , solus, qui superest , videtur emptus : quasi in hoc extrante conditione , non expressa quidem aliqua , sed tacita l. 34. §. 6. *D. de contrah. empt.* l. 2. §. 3. *D. de eo quod cert. loc.* l. 95. *D. de solutionib.* Dixi de corpore vendito. videamus de quantitate , id est , de re , pondere , numero , aut mensura constante : ut est vinum , oleum , frumentum. Hic nihil muto : si omne vinum , verbi gratia , uno pretio venierit : (qualem venditionem per averfionem dici , præclate ostendit suo tempore Antonius Augustinus lib. 3. *Emendat. c. 6.*) nam ad emptionis perfectionem nihil tum magnopere desideratur : vel sic manifesto , quid , quale , & quantum sit , quod veniat. at si in singulas amphoras , vel in singulas metretas , vel in singulos modios , venierit quantitas , quantum ad periculum , non ante perfecta dicitur emptio , quam illa adpenfa , admensa , aut annumerata sunt. non enim intellecto ante , quid , quale , aut quantum sit venditum , illic periculum ad emptorem statim , hic interim ad venditorem pertinet. Huc in quantitatibus iverunt olim Sabinus & Cassius , eosque sequutus post est Gajus l. 35. §. 5. *D. de contrah. empt.* putavitque , id similiter quæri de his , quæ numero constant : si pretium pro numero corporum fuerit statutum. pone exemplum in grege. is si universaliter uno pretio venierit , ait Gajus §. 6. postquam de pretio convenerit , perfectam videri venditionem. quod si in singula corpora certo pretio vendatur ; fore eadem , quæ proxime tractavimus. Superiori loco adhuc subjiciam hoc §. 7. d. l. 35. pendet enim ab illo. *Sed & si ex doleario pars vini venierit ; veluti metreta centum , verissimum est , (quod & constare videtur) antequam admetiatur , omne periculum ad venditorem pertinere. Nec interest , utrum pretium omnium centum metretarum in semel dictum sit , an in singulos eos.* Certa hæc atque evidentia. Illud mihi grave : quod apud Ulpianum l. 1. §. 1. *D. h. t.* in hunc extat modum : *Sed & custodiam ad diem mensuræ venditor præstare debet. post mensuram factam venditoris desinit esse periculum : & ante mensuram periculo liberatur , si non ad mensuram vendidit , (sed) forte amphoras vel etiam singula dolia.* Meo iudicio , hic repugnat Ulpianus non dicam superioribus , sed sibi ipse. adeo non placet mihi hæc vox, *custodia* , ei , quod agitur , minime conveniens. ac vix dubito , quin ei per incogitantiam exciderit : recordatus , hujusmodi errores etiam me alibi observare lib. 1. *Probabilium c. 9. & seqq.* Hic certe mihi suspectus ejus vitii est Ulpianus : existimanti , eum non de diligentia disputare , sed de casu , modum custodiæ diligentiaque egrediente : adeo oportuisse eum non *custodiam* , sed *periculum* dicere , præ me fero : eo confidentius , quia superiora suadent ; nec minus subjecta hæc ejus ratio : *Præquam enim admetiatur vinum , prope quasi nondum venit.* Omitto , quod mox sequitur ibidem : *Post mensuram factam venditoris desinit esse periculum.* Item rursus : *Et ante mensuram periculo liberatur , si non ad mensuram vendidit , sed forte amphoras , vel singula dolia.* Potest fieri , ut errem : sed non puto ; & officium faciet mihi , quisquis docuerit meliora , si potest. Interea præstabit venditor , me auctore , donec admetiatur vinum , ejus non custodiam , (quod hætenus volunt Ulpiani verba) sed periculum. Præter hoc observandum , quod Ulpianus §. 3. d. l. 1. ait , licere venditori , si diem ad metiendum præ-

præstituit, nec intra diem admensum est, vinum effundere: non tamen statim, aut prius, quam emptori denunciet, ut aut tollat vinum aut sciat futurum, ut vinum effunderet. Hoc poni in lege vini, in doliis venditi, consuevisse, auctor Cato, *De re rustica* c. 148. quod autem moris, & consuetudinis est, in bonæ fidei iudiciis debet venire *l. 31. §. 20. D. de Edilit. Edict.* Id fieri finit rigor juris. De cætero probandum hoc Ulpiani *d. §. 3. l. 1. Si tamen, cum posset effundere, non effundit, laudandus est potius.* Meræ est hoc humanitatis, & præbet exemplum Præcepti Juris, distincti a Regulis Juris: de qua distinctione egi *lib. 1. Tit. 1. De justitia & jure*, & plenius *Julio Paulo c. pen. & ult.* Adfert mox Ulpianus præter superius *d. §. 3. & 4.* etiam alia temperamenta æquitatis, digna legi: non tamen adscribenda; quia non desiderant interpretationem: nisi exponendum quis putet, quid in §. 4. significet hoc: *Faciendum, quod Veteres putarunt per corbem venditorem mensuram facere & effundere.* sed id jam occupavit D. Cujacius *lib. 2. Observ. c. 36.*

Similiter liceret, dictis hætenus, quæ dicenda erant de rebus pondere, numero, aut mensura, constantibus, ulteriori parcere labori: nisi e re esset, quantitatibus a corpore distinguendæ gratia, adhuc subjici, quod Ulpianus in *l. 10. §. 1. h. t.* refert, scævola ex Juliano notare, fundo ad mensuram vendito, & pretio (sic arbitror) in singula jugera constituto, emptorem, si pars fundi prius, quam mensura fieret, aliquo casu interierit, fundi nomine non posse agere ex empto actione. possit enim hoc, nisi exponatur, alicui obscurum videri. Sed tu mihi crede, quod vendito fundo, ejus finibus ultro certis, etsi incerto jugerum numero, Juliano placuit, factam esse venditionem corporis noti & certi, ac cujus perfectioni proinde nihil desit. Verba Ulpiani si quis requirat, hæc sunt: *In libro septimo Digestorum Juliani Scævola notat. Fundi nomine emptor agere non potest, cum prius, quam mensura fieret, inundatione aquarum, aut chasmate, aliove quo casu, pars fundi interierit.* Julianus putavit, vendito ad mensuram fundo, (ipso integro & suis finibus definito: nam is in *l. 60. pr. & §. 2. D. de verb. signif.* est fundus) liberatum ab emptore esse venditorem: si fundi pars inundatione aquarum, aliove quo casu interierit prius, quam mensura fieret: nam periculum emptoris esse: eo quod fundo illo vendito, jure venditum est corpus integrum, ita notum, certum, ac finitum; & emptionis perfectio in præsentia nihil plus desiderat, licet, mensura nondum facta, jugerum numerus ignoretur. sic prorsus censeo: & juvat hoc Pauli *l. 34. §. 5. D. de contrah. empt.* *Mensura non eo proficit, ut aut plus aut minus veneat, sed ut appareat, quantum ematur.* Fuit igitur hæc, quam dedi, bona & juri conformis Juliani sententia, ipsa a Scævola non reprehensa, sed notari, id est, sed observari iussa. Hoc sensu ab Ulpiano accipi id, *Scævola notat*, mihi persuadeo, licet *Notare* pro reprehendere aut improbare, etiam sumi a Veteribus meminerim alibi. Sed hunc sensum in præsentia refellit ad mensuram vendita non quantitas, sed fundus; id est, corpus certum & suis finibus determinatum.

Injecta paulo ante mentio §. 5. *d. l. 34.* me monet, vino vendito, verbi gratia, ne de gustatione fileam: postquam de mensura egi: aliquo præsertim in his discrimine minime contemnendo. Id advertit Paulus *d. §. 5.* sic scribens: alia est causa degustandi, alia metiendi. gustus enim ad hoc proficit, ut improbare liceat: mensura vero non eo proficit, ut aut plus, aut minus veneat, sed ut appareat, quantum ematur. Secundum hæc igitur refert multum in vinis aliisque, quæ degustari solent; utrum convenerit de gustatione, an non. Scio, difficile esse, ut quis emat vina non gustata. Sed quid vetat, hoc fieri emptoris socordia aut negligentia *l. 4. §. 1. D. h. t.*? proinde quid est? si vinum aversione est venditum, nec placuit degustari; emptoris damnum erit, si acuerit, vel quid aliud vitii sustinuerit: quemadmodum si vinum esset effu-

sum, vel vasis contusus, vel qua alia ex causa. Quod si placuit, ea degustari: ante degustationem erit venditoris periculum: post emptoris, quid si venditor etiam aliter se periculo subjecit? sustinebit hoc in id tempus, quoad se subjecit. & si non designavit tempus; eatenus sustinebit periculum, quoad degustetur vinum: videlicet quasi tunc plenissime veneat, cum fuerit degustatum. Hæc in hunc sensum olim tradidit Ulpianus: sed ut hodie extant in *l. 1. pr. & l. 4. §. 1. D. h. t.* sunt valde impedita & confusa, nec facile extricanda: nisi remedium petatur ab Inscriptione: ostensura, utrumque locum esse ex Ulpiani *lib. 28.* Ad Sabinum, & utrumque Sabini verbis misceri Notas Ulpiani: Sabini sermonem suo modo regentis & illustrantis. Sæpius notavi per me talia. in proposito autem prævit Antonius Augustinus *lib. 3. Emendat. c. 6. pag. 231. & seq.* ejusque laudibus, ut me decet, hic lubens assurgo: arbitratus, in *pr. d. l. 1.* cum Sabinus dixisset, *Si vinum venditum*: &c. mox ab Ulpiano subjici, *Sed si venditor se.* &c. eamque interpretationem continuari in *l. 4.* Inde in §. 1. rursus esse hoc Sabini, *Si aversione vinum venit, custodia tantum præstanda est.* Deinde sequi ista Ulpiani, *Ex hoc apparet.* & reliqua.

Satis de priore parte *l. 8. h. t.* transeo ad posteriorem, in qua ut perfecta intelligatur emptio, atque emptoris periculum sit, Paulus venditionem præterea puram esse postulat. utique negat, sub conditione contractam, ante eam existentem perfici, ideoque post impletam demum emptoris periculum esse, confiteretur. Videlicet, quia tamdiu res non est emptæ, nec debita, nulla adhuc emptione: post vero non est res, quæ vendatur; venditio autem sine re nulla est. Hac igitur ratione efficitur; ut res vendita venditori pereat, non ut tali; (non enim est talis) sed ut domino. Quid, si defecerit conditio, sub qua contracta sit emptio? Et hoc Paulo quæstioni est in *d. l. 8.* ait vero, emptionem vel hic nullam esse: & utitur exemplo stipulationis, quæ sub conditione contracta, ea deficiente, nulla, id est, nullius momenti, sive sine effectu ullo, est. Non est contentus hac similitudine Paulus: sed pro ulteriore firmamento addit primum; quod emptor rem, pendente conditione, traditam, ea deficiente, non potest usucapere pro emptore, quasi nulla iusta causa ad usucapionem necessaria. addit deinde; quod emptor pretium a se solum potest repetere quasi indebitum. postremum est; quod fructus mediæ temporis, non sunt emptoris. Hæc ut certa atque explorata sunt Paulo; sic in proposito cum convincunt, nec emptoris periculum esse; ubi nihil est venditum. imo, periculum esse venditoris: non qua talis; sed qua domini: ut dictum. Superest tertia Pauli deliberatio: quid juris sit, si existat conditio? ait autem, eam retrahere, quasi in præteritum contracta emptione: eoque effici; ut si alter contrahentium, sive emptor, sive venditor, moriatur, heres perinde teneatur, ac si ab initio pura emptio fuisset: nullo dubio, quin conditionalis emptio æque heredem teneat invitum: ac defunctus, si superstes esset, ea teneretur. proinde, si res emptæ, pendente conditione sit deterior facta, & tamen supersit, ea existente: nec timeret Paulus, affirmare, emptoris esse damnum corruptionis: perinde ac si emptio ab initio pura fuisset: licet aliter sit, si res interim periisset, arbitratus, referre; quod altero casu non est res quæ veneat; cum sine re non contrahatur emptio: altero extat, licet deterior. talis vero ab initio potest vendi pure: nec minus deterior emptoris periculo fieri: quia retracta conditione, postquam extitit, perinde est, ac si emptio ab initio pura fuisset.

Sed apparet, periculum rei emptæ, perfecta emptione ad emptorem statim pertinere. nec tamen venditor vel sic securus est, si res vendita ejus culpa aut perierit, aut deterior facta sit: teneretur enim emptori ad custodiam, a diligente patrefamilias rebus suis adhiberi solitam: suadente natura contractus, ad utriusque contrahentis utilitatem spectantis, præstari cul-

pam latam ac levem l. 5. §. 2. D. Commodari. l. 35. §. 4. D. de contrah. empt. si nihil specialiter convenit, alioquin licet contrahentibus, (liquidem pacta legem dant contractibus l. 23. D. de reg. juris.) ea quæ emptioni naturaliter insunt, ex suo commodo informare. nec est improbable, custodiam, quam placeat a venditore præstari, non esse communem, & ultro debitam: (sic enim supervacuum foret pactum) sed majorem §. 3. Inst. de empt. & vend. prorsus, ut tum, præter casum, nihil excipiat d. l. 35. §. 4. D. de contrah. empt. juncta l. 31. D. de act. empt. Atque ad hunc modum etiam accipienda, si quid intelligo, est l. 2. §. 1. & l. 3. D. h. t. nisi quis malit, ibi quæri, vino ad mensuram empto, utrum venditor de periculo, an de custodia, teneatur. sed aliter se res habet: nec errabit, quisquis putet, ibi ambigi, qualis debeatur custodia: pacto convento, ut venditor cujus periculum alioquin foret, custodiam emptori præstet usque ad mensuram. sane sicut potest conveniri, ut minus præstet venditor; sic ut plus præstet, conveniri potest d. l. 23. D. de reg. jur. plus est autem, custodiam plenam; minus communem præstare. Igitur si, convenit in lege venditionis, ut venditor vini, donec admetriatur, custodiam præstet, placet Gajo d. l. 2. §. 1. & Paulo d. l. 3. videri actum, ne præstet damnum fatale: sed ut de dolo & omni culpa, id est, de plena custodia, ut in commodato, teneatur. Non tamen id verat, quo minus in venditione fiat pactum; ut venditor emptori præstet casum fortuitum: nam id Labeoni visum l. 78. §. ult. D. de contrah. empt. Contra quoque putat Ulpianus l. 10. D. h. t. valere pactum; si in conditionali venditione hoc ipsum, ut res emptoris periculo servaretur, convenisset. De eo fuit a Doctissimis Viris dubitatum, si quis in se receperit fortuitos casus, utrum tantum de solitis, an etiam de insolitis, teneatur? Causam quæstioni præbuit d. l. 78. §. ult. sed hanc exposui lib. 2. Probabil. c. xi. Haftenus de periculo rei venditæ.

Nunc de ejus commodo tractandum. est enim hæc pars altera Rubricæ nostræ: & ex §. 3. Inst. de empt. & vend. §. l. 7. D. h. t. intelligitur, sicut omne rei venditæ periculum atque incommodum est emptoris: sic omne commodum ejus esse oportere. fuerit exemplum in eo, quod fundo, postquam venditus est, per alluvionem accessit: hoc enim quia statim atque adcrevit, pro fundi parte habetur, quid ni emptori debeat hoc nomine cum fundo dari? Simile exemplum in fructibus, tempore venditionis pendentibus; sive maturis, sive immaturis: nam & hi fundo coherentes, fundi partes sunt; ac, nisi aliud convenit, cum fundo venditi intelliguntur l. 13. §. 10. D. & l. 16. C. de act. empt. Quid, si in locatis ager fuit? utique pensiones ei cedent, qui locaverat, d. l. 13. §. 11. sed restituendæ emptori l. ult. D. de jur. fisc. Idem de operis & mercedibus servorum; item de jumentorum aut navium vecturis; & si quid peculio accessit, servo præsertim vendito cum peculio; ut est factum l. 23. D. d. t. alioquin contra servari, intelligitur ex l. 29. 30. & 31. D. de contrah. empt. Nec me refellit: quod & hæc & pensiones prædiorum, cum rusticorum, tum urbanorum, proprie non sunt fructus; non ex corpore rei, sed ejus occasione ex nova causa, id est, nova obligatione, profecti. nam sufficit, quod fructus imitantur; corporis venditi utilitatem fructuum exemplo continentes. convenit igitur bonæ fidei, quaecumque commodum a venditore ex re vendita, vel ejus occasione perceptum, emptori restitui: ad quem etiam omne incommodum, perfectæ emptione, perventurum sit. Aliud tamen est, si quid servus ex re venditoris adquisiverit d. l. 13. §. 13. quia rem talem, non venditam extra causam venditionis esse, negari nequit. Quid, si relicta servo sit hereditas, aut quid legatum, donatumve ei? poterat dubitari. sed Ulpianus in d. l. 13. §. 18. ita scribit sine distinctione: Si quid servo distracto venditor donavit ante traditionem, hoc quoque restitui debet. hereditates quoque per servum adquisita, & legata om-

nia; nec distinguendum, cujus respectu ista sint relicta. Item quod ex operis servus præstitit venditori, emptori restituendum est: nisi ideo dies traditionis e pacto prorogatus est, ut ad venditorem opera pertinerent. Præter hæc placet Ulpiano d. l. 13. §. 2. si sit nocitum rei venditæ, emptori a venditore præstari actionem damni forte infecti, vel aquæ pluviae, vel Aquiliæ, vel interdicti quod vi aut clam. addo, rei vindicationem, item condictionem furtivam, etiam furti actionem. omnes enim directo competunt venditori, tamquam domino ante traditionem; sed emptori, cujus utilitas quæritur emptione, a venditore cedi atque exhiberi debent d. §. 3. Inst. de empt. & vend. l. 80. D. de furt. Facile hoc in venditore rei suæ. sed quid in persona ejus, qui vendiderit alienam; & nullam vindicationem aut condictionem habet? putat Gajus, ob id ipsum damnandum esse: potuisse enim, si suam rem vendidisset, eas actiones ad emptorem transferre l. 35. §. 4. D. de contrah. empt. Non magis præterire me oportet, (est enim perelegantis observatio-nis) quod Neratius in l. 31. D. de act. empt. in hunc scribit modum: Si ea res, quam ex empto præstare debebam, vi mihi adempta fuerit, quamvis eam custodire debuerim, tamen propius est, ut nihil amplius, quam actiones persequendæ ejus præstari a me emptori oporteat: quia custodia adversus vim parum proficit. actiones autem eas non solum arbitrio, sed etiam periculo tuo præstare debebo, ut omne lucrum ac dispendium te sequatur. Optima sane ratione quam in l. 38. D. de evict. suppeditat Ulpianus; Cui, inquit, non equum videbitur, vel hoc saltem consequi emptorem, quod sine dispendio creditoris futurum est.

Admonet me Neratii locus; ne obliviscar Pauli l. 12. & 14. D. h. t. & interjectæ utrique ex Juliano l. 13. omnibus ex Neratio lucem accepturis. Proponuntur ergo apud Paulum lecti venditi a venditore positi in via publica, & concisi seu confracti ferocia Edilis: cujus cura erat; ne ante officinas esset quid propositum, quod viam impediret. l. unic. D. de via publica. Quæritur, cujus sit periculum concisorum lectorum? ut hoc intelligatur, animadvertendum, lectos non periisse fatali casu, sed facto Edilis, id est, injuria Magistratus: cui resisti ob ejus potestatem non potuit. In eo casu duplex Pauli inspectio in d. l. 12. una, lectis emptori a venditore traditis: altera, nondum traditis. quod ad priorem attinet: ait Paulus, emptoris periculum esse; & recte: quia lecti ejus sunt, emptione per traditionem consummata: res autem perit domino. Idem censet Paulus in posteriore casu, qui est, lectis nondum traditis: si per emptorem stetit, quo minus traderentur. & videtur Paulus hic eo motus; quod mora ab emptore commissa, a venditore non culpa, sed dolus malus est præstandus l. 5. l. 17. D. h. t. porro lectis in via imprudenter positus, non est dolus malus, magis culpa videtur. Sic Paulus, lectis emptori traditis, aut mora ab eo commissa. Et est observandum, quod mox ex Juliano sub-jicitur l. 13. eum læsum facto Edilis, habiturum cum Edile, si id non jure fecisset, actionem Legis Aquiliæ; aut certe cum venditore ex empto acturum, ut is actiones suas, quas cum Edile habuisset, ei præstaret. Quid si neque traditi sint emptori lecti; neque is in mora fuerit, quo minus traderentur? ait Paulus in d. l. 14. venditoris periculo fore. Esto, si ejus mora accusetur: nam hæc, ut ei noceat, rationis est d. l. 17. h. t. Verum fingamus, non moram argui, sed culpam. De hac silet Paulus. verum res suadet, idem de culpa videri, quod de mora dictum. Quid, si injuria sint concisi lecti, sine venditoris mora & culpa? mihi placet, vel sic esse venditoris periculum; atque hoc agere Paulum, licet de isto quoque tacet casu. Quo argumento? non alio, quam lecti non periisse fatali casu; sed concisi & perditum sunt injuria Edilis. nec male visum Veteribus, injuriam venditori factam, venditori nocere; sicut injuria emptori facta, emptori nocet. Est vero ei consequens; ut tum emptori adversus venditorem, cui nihil imputari

potest, actio ex empto detur : non ad id quod ejus interfit rem tradi ex natura ejus actionis, sed ut pretium, si quod forte solvit, ei a venditore restituatur. Fuisse autem lectos ab Ædile nullo jure concisos, non quidem liquet in *d. l. 12. § 14.* sed ex interjecta *d. l. 13.* intelligitur. Breviter sic Paulus.

Pluribus Africanus in *l. 33. § 1. D. Locati.* Ibi proponitur fundus venditus, & antequam vacuus traderetur, esse publicatus nullo venditoris merito, sola belli injuria, cui resistere non poterat venditor. id sæpe contigit : ac factum aliquando fuit gratia Principis ; ut tum ager veteri possessori totus, vel pro parte, restitueretur. Exemplum si quis desideret ; est apud Virgilium *Eclog. 1.* ad quam potest etiam addi in Notis Servius. aliud exemplum apud Paulum *l. 11. D. de evict.* & Ulpianum *l. 15. D. de rei vindic.* Sit igitur fundus venditus, ante traditionem publicatus nulla venditoris culpa, mera belli injuria, adeo vi & potentia ejus, cui resistere non poterat venditor. in ea specie ait Africanus, ablatum venditori fundum, antequam traderetur vacuus, spectare ad venditoris damnum : quasi conveniat bonæ fidei, ad quam hæc rediguntur, a regulis juris recedi propter injuriam venditori re salva humano facto contingentem ; nulla aut naturali aut civili ratione, cur injuria ei facta ejus personam egrediatur. Sic censeo, & esse ab hac causa, quod Africanus emptori adversus venditorem concedit ex empto actionem, non ad hoc quod sua interfit, fundum traditum esse : sed ut pretium ei restituatur. & optime : nam si non potest venditori imputari culpa, cur non tradat emptori fundum venditum : an patiat bonæ fides, qua finitur ex empto actio, eum emptori teneri ad præstationem ejus, quod interest, tantum culpæ coërcendæ gratia comparatam : potest, fateor, res vendita in proposito ex-

tans, præstari per rerum naturam. sed ea præstatio extrinsecus impeditur citra culpam venditoris. qua in specie emptor summo quidem jure habet actionem ex empto ad præstationem rei emptæ : alioquin ad id, quod ejus interest, esse præstitam ; sed nihilominus convenit officio Judicis, ex bona fide judicantis ; ne stet summo jure, sed res sic temperetur, ut venditor, si paratus sit emptori pretium restituere, ejus præstatione ab emptore liberetur : perinde ac si nulla esset emptio. Atque ut hujusmodi publicatio, Principali præcepto facta ante traditionem, venditorem injuria afficit ; ideoque emptori nocere non debet : ita longe est ; ut ulla sinat æquitas, e diverso talem publicationem, jam post emptionem consummatam, ut tum in emptoris injuriam fit, ad venditoris damnum transire. Mitto verba : sic Paulus *l. 11. D. de evict.* nam huc intendit : futuros, inquiens, casus evictionis post contractam emptionem, (tu puta consummatam emptionem : non enim consensu perfecta emptio, sed traditione impleta, intelligenda est) ad venditorem non pertinere. scilicet, quia emptori post traditionem incumbentes, ejus infortunio imputari debent ; venditori certe, cujus nulla culpa est, cur magis noceant, quam alii cuicumque, causa non est *l. 51. D. § 1. 8. C. de evict.* Sed liquet, ab Africano tractari casum plane singularem, nec ad consequentiam trahendum. Magis tamen id liquebit collatione *d. l. 33. cum l. 39. D. de solut.* quæ similiter est Africani, atque ex eodem libro XIII. *Quæstionum*, ex quo est *d. l. 33.* inde enim intelligitur, Africano aliam sequutum communes juris regulas, existimasse mercem, perfecta emptione, esse periculo emptoris, ab eoque pretium venditori nihilominus persolvi.

TITULUS VII.

De servis exportandis, vel si ita mancipium venierit, ut manumittatur, vel contra.

Nescio, an præstiterit, hoc Titulo tradita poni, ubi quæsitum fuit de pactis inter emptorem & venditorem compositis. occupati enim proximi fuere Tituli in explicandis effectibus perfectæ emptionis & venditionis. præsens vero quid agit, nisi de pactis in servorum venditione adhiberi solitis : Sed aliter visum Architectis Juris : eosque sequi nos duces oportet. Sit igitur exemplum hujus Tituli, si mancipium ita venierit, ut extra Urbem, vel Italiam, vel Provin-

ciam, exportetur, utve ei aliquo sit interdictum pomærio. aliud, ne mancipium prostituatur : item, ut manumittatur ; aut, ne manumittatur. In his porro quid servetur, satis erit legisse loca, ea explicantia. Nec dissuadeam tamen, ad *l. 7. § 6. § 1.* consilia me scripta *lib. sing. Ad Edict. De pact. & transact. c. xi. p. 446.* item ad *l. ult.* annotata à Rævardo *lib. 1. Var. c. 21.* Cujacio *lib. 10. Observ. c. 21.* & Gifanio ad *l. 122. D. de verb. oblig. n. 28. p. 966.*



LIBER DECIMUS NONUS.

TITULUS I.

De actionibus empti & venditi.



ERTIUS effectus perfectæ emptionis & venditionis (nam eo redit Titulus) est obligatio ; ex eaque duplex actio certa & nominata : sicut ipse contractus est certus & nominatus ; idemque ultro citroque obligatorius *l. 19. D. de verb. signif.* Ea actio in Rubrica vocatur empti & venditi : utraque directa ; neutra contraria : utroque contrahente de eo peræque agente, de quo initus principaliter est contractus. ergo utramque etiam esse bonæ fidei, vevissime intelligitur ex *§. 28. Inst. de act.*

Actio ex empto (de hac primum agam) is qui emit, utitur *l. 11. h. t.* etiam si pretium nondum solverit : modo pretium, cum ex empto agit, integrum venditori offerat. quid, si partem offerat ? ait Ulpianus, nondum esse ex empto actionem *l. 13. §. 8.* id est, nondum cum effectu esse : & causatur, quod venditor interim potest eam rem, quam vendidit, quasi pignus retinere. Quærentibus porro ad quid detur hæc actio : ait Ulpianus *d. l. 11. §. 1.* in primis sciendum esse, in hoc judicio id demum deduci, quod præstari convenit. & pro ratione addit ; quod cum sit judicium bonæ fidei, nihil magis bonæ fidei con-

congruit, quam id præstari, quod inter contrahentes actum est. quod si nihil convenit: tunc ea præstabitur, quæ naturaliter insunt huius iudicii potestate. Et in primis (inquit §. 2. d. l. 11.) ipsam rem præstare venditorem oportet, id est tradere. quæ res, siquidem dominus fuit venditor, facit & emptorem dominum: si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat, si modo pretium est numeratum, aut eo nomine satisfactum. emptor autem nummos venditoris facere cogitur. Teneatur igitur ex sententia Ulpiani venditor, emptori tradere rem venditam. hoc autem cum dicimus; non sufficit, qualiter qualiter tradi; sed oportet vacuum possessionem tradi. hoc enim Paulus vult l. 2. §. 1. h. t. & addit, non intelligi vacuum possessionem emptori traditam: si alius in ea legatorum fidei commissorum servandorum causa in possessione est, aut creditoris bona possideantur: idemque esse, si venter in possessione sit: nam & ad hoc pertinere vacui possessionem. imo Ulpianus l. 52. §. 1. D. de verb. oblig. Si quis, inquit, vacuum possessionem tradi promiserit, non nudum factum hac stipulatio continebit, sed causam bonorum. Hoc vero significat, rem ita tradi oportere; ut traditio ei, cui traditur, sit causa bonorum, sive causa, qua fiat; ut res tradita in bonis ejus habeatur. quod tum fit, si ei liceat, eam ita habere; ut alii non liceat, eam auferre, eo invito l. 52. D. de adq. rer. domin. Proinde ait Pomponius l. 3. h. t. rationem possessionis, quæ a venditore fieri debeat, esse talem: ut si quis eam possessionem jure avocaverit, possessio tradita non intelligatur. Et est hic observandum: quod negat, pro tradita intelligi possessionem, si quis eam jure avocaverit: nam hoc evincit, venditori satis esse, quamdiu id non contigit, quod emptori licet eam rem, quamvis aliena sit, habere: emptorem certe debere ea possessione contentum esse: nec adversus venditorem, ante evictionem, habere actionem: nisi ut ei possessio tradatur, & ei habere licere caveatur d. l. 11. §. 2. & 8. h. t. de quo plenius sub Tit. De evict.

Teneatur igitur venditor emptori tradere vacuum rei venditæ possessionem: si præsertim res sit corporalis: nam si iter, actum, viam, aquæductum, per tuum fundum emero; vacuæ possessionis traditio nulla est: cum res incorporalis neque teneri, neque possideri possit. quare ait Pomponius d. l. 3. §. 2. h. t. te cavere debere, per te non fieri, quo minus utar. Hoc nunc obiter: plura etiam de origine & progressu traditionis in servitutibus tradidi ex professo diligentissime lib. 2. De usufructu c. 2. ubi, si placet, vide.

Interim nec hoc præteribo, quod cum dicitur, venditorem tradere rem venditam oportere; hoc designatur, eum debere facere traditionem ejus cum accessionibus: de quibus actum sub Tit. De periculo & commodorei venditæ. Similiter non est dubium, quin sub rei appellatione ejus partes contineantur, vel quæ quasi partes, vel propter ædes perpetui usus causa habentur, quæve affixa sunt, aut terra continentur. longum foret, si velim enumerare exempla, extant in l. 13. §. ult. l. 14. l. 15. 16. 17. pr. §. 7. 8. l. 38. §. 2. D. h. t. & possunt ibi videri. potius monebo, non spectare huc ruta, id est, eruta; uti arena, creta, alia: nec cæsa; fac, arbores cæsas, item carbonem l. 17. §. 6. l. 18. §. 1. h. t. l. 241. D. de verb. signif. non enim sunt ædium, neque fundi l. 66. §. ult. D. de contrah. emp.

Teneatur igitur hac actione venditor, rem venditam emptori tradere: non quidem, ut emptoris eam faciat; sed ut eam habere emptori liceat: nisi fundum dari stipulanti sponderit: nam tum cogi, ut fundum emptoris faciat, Ulpianus ait l. 25. §. 1. D. de contrah. emp. at quo sensu, exposui lib. 2. Probabil. c. ult. Restat, quid juris sit, si venditor non tradat rem venditam: & quidem, si non possit tradere, impeditus casu fortuito, absolvendum esse, ostendi sub Tit. De periculo & commodorei venditæ.

sin id fiat ejus dolo aut culpa; certum est, eum teneri ad id quod emptoris interest, rem esse traditam. sic enim ait Ulpianus l. 1. D. h. t. Si res vendita non tradatur, in id quod interest agitur: hoc est, quod rem habere interest emptoris, hoc autem interdum pretium egreditur, si pluris interest, quam res valet, vel emptæ est. Nimirum, quia hac formula (ut Paulus observat l. 13. D. Rat. rem hab.) continetur, quantum mihi abest, quantumque lucrari potui. Sic est; si venditor nequeat rem venditam tradere dolo aut culpa sua. At quid, si possit, sed nolit, tradere? hic in partes iverunt Interpretes: aliis existimantibus, eum cogi præcise, ut tradat rem venditam: aliis contra, defungi præstatione ejus quod interest, nec ad traditionem ipsius rei cogi. Mihi placet, hanc litem dividere in duas partes: prior quærit, an venditor cogatur rem venditam emptori tradere: altera quærit, quo modo ea coactio fieri debeat: quod ad priorem attinet; nulla dubitatio est, quin venditor possit ad rei venditæ traditionem cogi: sicut ad eam tenetur, eo quod se venditione ad ejus traditionem obligavit. obligatio autem est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendæ secundum nostræ civitatis jura. pr. Inst. de obligat. igitur tenetur venditor emptori rem venditam tradere: & si cesset, actione ex empto ad id cogitur. Res clara & certa: sed nil verat, eam firmare auctoritate Justiniani: in §. 2. Inst. de donat. dicentis, donationem nudo consensu perfectam, ad exemplum venditionis in se habere necessitatem traditionis: ut etiam; si non tradatur, habeat plenissimum & perfectum robur, & traditionis necessitas donatori incumbat. Secundum hoc igitur non est dubium, quin & donator & venditor recte putetur ad rei venditæ traditionem teneri, cogi, compelli. atque ita Paulus lib. 1. Sentent. tit. 13. & alii l. 46. l. 50. D. h. t. l. 28. D. de donat. Profligata est prior pars propositæ quæstionis, an venditor cogatur rem venditam tradere. altera est de modo, quo cogi debeat: is non est alius, quam præstatio ejus, quod emptoris interest, rem venditam ei esse traditam. Non est, quod quæras: certis argumentis in l. 11. §. 8. & 9. item l. 9. D. h. t. accedit, quod in l. 10. D. Quib. mod. pign. vel hypothec. toll. venditor non tradens, cum potest, rem venditam, dicitur ad id quod interest condemnari. Præterea in l. 4. C. h. t. sic rescribitur a Diocletiano & Maximiano; Si traditio rei venditæ juxta emptionis contractum procacia venditoris (quid designet procacia venditoris, puto, optime intelligi ex Notis Eruditissimi Schefferi ad Phædr. lib. 1. Fab. 3.) non fiat: quanti interesse compleri emptionem fuerit arbitratus Præses provincie, tantum in condemnationis taxationem deducere curabit. Forte absurdus videar, post hæc ulterius monstrare præsumens, quod ex superioribus liquet, venditorem quidem cogi, rem venditam emptori tradere; sed dumtaxat præstatione ejus quod interest. Non debeo tamen præterire, quod Imp. Justinianus l. 17. C. de fide instrum. ex usu fori venditori palam concedit electionem, utrum malit, emptori rem venditam tradere, an id quod interest præstare: Verba Justiniani si quis desideret, hæc sunt, Quod pretio statuto, necessitas venditori imponatur, vel contractum venditionis perficere, vel id quod emptoris interest, ei persolvere. Nec hoc abhorret a regulis juris: quæ faventes libertati publicæ interpretantur, servile esse atque indecorum, civem Romanum præcise cogi facere quod promiserit; ideoque oportere eum liberari solutione ejus quod interest. proflus non inique: sive de promissore, sive de stipulatore, quærat, illum certe quis ferat querentem de severitate huius juris, quam ei liceat evitare traditione rei promissæ: hic vero volens alium sibi obligare, creditus fuit spectare ad lucrum, quod stipulatione affectet, aut ad damnum, quod alioquin metuat: ideoque alterutrum si impetret, habere quod aut stipulatione aut emptione sibi destinavit: potestate juris obligationem promissæ rei aut facti

in obligationem ejus quod interest transferente. Aut fallor, aut hoc significat Celsus *l. 13. §. 1. D. de re judic.* sic scribens: *Ita habeatur: facit, quod promissit: si minus, quia non facit, quod promissit, in pecuniam numeratam condemnatur, sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus.* Sic Celsus: ante Tubero. Ulpianum audi *l. 72. D. de verb. oblig.* Celsus refert, *Tuberonem existimasse, ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere.* Fuit hoc vel ideo monendum, ne quis putet, quod multis sedet, si pro re vendita aut promissa possit peti aut solvi id, quod interest, aliud pro alio solvi, contra *l. 2. §. 1. D. de reb. cred.* etiam peti aliud, quam quod debetur, aliud certe adjudicari; cum ultra id quod in judicium sit deductum, excedere nequeat potestas Judicis *l. 18. D. Commun. divid.* Sed enim apparet, æstimatione ejus, quod interest, in locum dationis aut facti succedente juris vi & potestate, nec sic aliud pro alio solvi, peti, aut adjudicari. Aliquis hæc largiatur in factis meris: qualia sunt, fossam fodere, Romam ire, & similia, servitutem, si cogantur, redolentia: non æque in his, quæ ad donationem accedunt, ut est, vacuum possessionem tradere. non enim continere nudum factum, sed causam bonorum *l. 52. D. de verb. oblig.* eoque non admittere liberationem, nisi dominio omnimodo stipulatoris facto *l. 75. §. ult. D. cod. tit.* denique non habere opus, promissorem cogi ad traditionem rei, quæ possit auferri manu militari *l. 68. D. de rei vindic.* Sed appage hanc comparisonem: quam enim ob causam placuit, in specie *d. l. 68.* manum militarem adhiberi; hanc ob causam eam, in proposito adhiberi non placuit. itane? nisi interest: quod in *d. l. 68.* agitur; ut res petita a possessore, cujus nullum jus est, manu militari auferatur, & domino, cujus judicata est, restituatur. at contra fieret hoc judicio: nam eo res domino auferretur in honorem ejus, qui non est dominus. quod Veteribus durum esse visum est.

Etiam solet hic injici scrupulus ex Rescripto *l. 6. C. de rescind. vendit.* verba sunt: *Non est probabilis causa, propter quam rescindi consensu factam venditionem desideras. quamvis enim duplum offeras pretium emptori: tamen invitus ad rescindendam venditionem urgeri non debet.* Proponitur consensu facta venditio. eam venditor petit ab Imperatoribus rescindi: hac causa, quod est paratus, emptori duplum pretium restituere. Quid Imperatores? negant, emptorem, quamvis oblato duplo pretio, invitum urgeri ad rescindendam venditionem oportere. nolunt igitur, venditorem traditione rei venditæ liberari propter oblationem ejus, quod interest, duplum veri pretii numquam excedentis. *l. unic. C. de sentent. qua pro eo quod interest profer.* Quid dicimus? Imperatores sollicitari ad aliud, quam quod agit proposita quæstio. non enim desiderat hic Consultor; ut venditor actione ex empto conventus, cum adhuc integra res est, ablatione ejus, quod interest, liberetur præcisa necessitate tradendæ rei venditæ: qui est finis subjectæ quæstionis. verum contra petit: ut emptor, facta jam traditione, contemplatione oblatis dupli pretii, adversus juris regulas Principis auctoritate cogatur ei restituere rem traditam. Hoc vero ei non indulgetur, & optima ratione; quia emptor traditione factus dominus, jam ipse debet esse moderator & arbiter rei suæ: sicut & venditor ante rem venditam & traditam erat ejus dominus & arbiter, ideoque eam invitum vendere & tradere non cogebatur. Sic mihi videtur, & a Consultore non quæri, quid in proposito usus observari postulet apud Prætores legibus alligatum, instituta actione ex empto aut vendito. contra peti, venditionem adversus juris regulas extra ordinem rescindi ex Rescripto Principis, legibus soluti: ut in *l. 7. C. d. t. §. l.*

12. C. de rei vindic. de qua supra dixi, sub Tit. *De condict. caus. dat. caus. non secut.* Habes *d. l. 6.* sensum verum, & clarum. Nisi obstat, quod in ea consensu facta dicitur emptio: eoque ponitur adhuc fuisse integra. hoc certe sensu sæpe accipi talem locutionem, negari nequit. Verum in præsentia non est sic explicanda: sed pro ea, quæ est jure perfecta, id est, non vi, nec dolo malo: plane, ut in præcedente *l. 5. C. de rescind. vend.* Audio: sed quo signo? indubitato in his verbis, *Quamvis duplum offeras pretium*: quibus, nisi lubet cavillari, oblatio numerati pretii cum altero tanto nondum numerato, evidenter designatur. Tantum de actione empti.

Sequitur venditi actio. hæc venditori competit adversus emptorem. ad quid? ad consequenda ea, quæ ei ab emptore præstari oportet *d. l. 13. §. 19.* ex fide bona. Veniunt igitur in hoc judicium infra scripta: in primis pretium, quanti res venit *d. l. 13. §. 19.* sicut in actionem ex empto venit res vendita. sed ut par hac in parte est emptoris & venditoris causa: ita ista est differentia, quod venditor non cogitur rem emptoris facere; emptor contra debet nummos facere venditoris *l. 11. §. 2. h. t.* videlicet, quia emptor & venditor in contrahendo spectant rem in specie certam, non in genere aliquam. illa igitur in specie empta & vendita, in specie tradi debet; alia pro alia tradi non debet. adeo talem dat venditor, qualem vendidit: id est, suam, si est ejus: alioquin alienam, ad quam spectarunt contrahentes. Aliter est in nummis: hos emptor & venditor non designarunt in specie certos, quos habeat emptor: sed in genere aliquos. ita emptor, ut proprios habere potest, sic propriosolvere debet: nec liberatur solutione eorum, quos habet, si sint alieni: cum ad eos in specie non respexerint contrahentes.

Præter pretium, quanti res vendita est, in hoc judicium etiam veniunt usuræ pretii post diem traditionis: nam cum re emptor fruatur; æquissimum est, eum pendere usuras pretii; æqualitatis inter contrahentes servandæ gratia *d. l. 13. §. 9. D. & l. 5. C. h. t.* ad quam scripti, *De fœnor. & usur. lib. 3. c. 10.* possessionem porro accipere debemus, etsi precaria sit: hoc enim solum spectare debemus, an habeat facultatem percipiendi fructus *d. l. 13. §. 21.* Sic: si venditoris ultra usuras non intersit: sed quid, si negotiator sit; isque potuerit, repræsentata pecunia, facere lucrum majus? Hermogenianus *l. 19. D. de peric. & commod. rei vend.* sic finit: *Venditori, si emptor in pretio solvendo moram fecerit, usuras dumtaxat præstabit, non omne omnimodo, quod venditor, mora non facta, consequi potuit; veluti si negotiator fuit, & pretio soluto, ex mercibus plus quam ex usuris quærere potuit.* Notabilis locus: cujus rationem dedi *lib. 2. De fœn. & usur. c. 6.* ibidemque etiam exposui *l. 2. §. ult. D. de eo quod certo loco*: quæ poterat aliquam ei adferre difficultatem.

Præterea ait Ulpianus, quod ex vendito agendo venditor consequetur etiam sumptus a se factos in re distracta: ut puta, si quid in ædificia distracta erogatum est. scribit enim Labeo & Trebatius, esse ex vendito hoc nomine actionem. idem & si in ægri servi curationem impensum est ante traditionem; aut in disciplinas, quas verisimile erat etiam emptorem velle impendi. Hoc amplius ait Labeo, & si quid in funus servi mortui impensum sit, ex vendito consequi oportere; si modo sine culpa venditoris mortem obierit. *l. 13. §. 22. h. t.*



TITULUS II.

Locati conducti.

Postrema species contractuum, qui consensu constant, est locatio conductio. de qua propositum a Præatore fuisse Edictum, intelligitur ex plerisque hujus Tituli Fragmentis, quorum Inscriptio est Ad Edictum. ipsum non extat: sed potest hunc in modum concipi. *Quod locatum & conductum esse dicitur, de eo iudicium dabo.*

Utilitas hujus Edicti evidens est. quippe eo pertinet: ut homo hominem juvet, re aut opera alterius indigentem: sicut in commodato quoque & mandato fieri monui. sola differentia est: quod hi contractus ad officium spectant inter amicos & necessarios, ideoque sunt gratuiti: cum locatio conductio magis extraneos ad opem mutuam utilitatis permutatione jure gentium invitet.

Ait Prætor, *Quod locatum & conductum esse dicitur.* Quid hæc verba proprie significant, & quemadmodum distinguantur, non caret difficultate. Mihi sic videtur, quod locatio est duplex: alia rerum, alia operarum. Nonius: *Locandi manifesta significatio est, ut aut operis locandi, aut fundi.* Utriusque discrimen cum in rebus, tum in personis, de quibus & inter quas contrahitur, est insigne. nam si usus rei mutetur certa mercede pecuniaria; locatio conductio est, & certa locatoris & conductoris persona. Isidorum audi lib. 5. *Origin. c. 25.* *Locatio est res ad usum data cum diffinitione mercedis, conductio est res in usum accepta cum constituta mercede.* Operarum diversa ratio est. non enim omnes locantur. contra ait Paulus l. 5. §. 2. *D. de præscript. verb.* esse quæ solent locari; esse etiam quæ non possint: de quibus mox. præterea quæri potest locatis operis, quis locator, quis conductor sit. est enim, ubi locator operam præstat, & conductor ea utitur. est quoque, ubi ille conductor, hic locator, appellatur. Exempli ne deessent, apposui l. 19. §. 9. juncta l. 22. *D. h. t.* In hac difficultate ad probabile accedit sententia Jacobi Cujacii, V. CL. lib. 2. *Observ. c. 28.* existimantis, interessè, a quo incipiat contractus: ac secundum hoc qui dat utendum vel faciendum, locator; & qui accipit, conductor vocatur. nec male in l. 2. §. 10. *D. de leg. Rhod. de jactu* navis magister, navem dans utendam, locator est: idem, merces vehendas accipiens, est conductor; licet utroque casu mercedem accipit. e diverso dominus mercium priore casu conductor, posteriore locator est, quamvis utroque casu mercedem dat. Ita expedita res est: si appareat, a quo cœperit contractus. quod si id ignoretur: jam ignoratur, uter sit locator, uter conductor: simul utra actione sit agendum, locati, an conducti: præstatque, agi actione præscriptis verbis: cui semper locus est; ubi dubitatur, an sit actio, aut quæ sit. Sic Cujacius: & præit Papinianus l. 1. §. 1. *D. de præscriptis verbis.*

Sed plenius consideranda locatio conductio. est autem contractus juris gentium, bonæ fidei, constans consensu quo agitur, ut usus fructusve rei aut opera cum certa mercede pecuniaria permutetur. primum, an locatio conductio sit contractus, vix dubitari potest: quia est conventio locatoris & conductoris sua vi idonea ad producendam jure civili obligationem & actionem: quæ indicio Rubricæ locati conducti vocatur. Est igitur contractus: sed juris gentium, auctore Paulo l. 1. *h. t.* quia a Jure Civili non accipit novam formam: contenta naturali simplicitate. Addidi, quod est bonæ fidei: sic enim vocatur §. 28. *Inst. de actionib.* & est ratio; quod ab utroque latere est obligatorius: quales contractus bona fide reguntur. Cætera definitionis verba evincunt, locationem & conductionem consistere ex tribus: nempe ex consensu, mercede, item usu rei aut opera: ideoque dici

Noodt Operum Tomus II.

ab Ulpiano l. 2. *h. t.* proximam, hoc est, similem, emptioni & venditioni; hisdemque juris regulis consistere. E re erit, hæc paucis demonstrari.

Prima similitudo Ulpiano d. l. 2. hæc est: quod ut emptio & venditio ita contrahitur, si de pretio convenierit: sic locatio & conductio contrahi intelligitur; si de mercede convenierit. perficitur igitur nudo consensu; pariter ut emptio venditio: cum uterque contractus sit naturalis & omnium gentium; eoque nec verba, nec aliam solemnitatem desideret: ut latius traditum superiore libro tit. 1. Tantum nunc addam: quod nec refert locationis & conductionis; utrum palam sit consensus, an tacite: nam vel hoc fieri, pulchre ostendit Ulpianus l. 13. §. 11. & l. 14. *h. t.*

Alterum quo locatio conductio emptioni venditioni assimilatur, est merces. nam ut emptio venditio sine pretio, sic locatio conductio sine mercede, nulla est: recteque negat Paulus, istam contrahi donationis causa l. 24. §. 1. *D. h. t.* imo Ulpianus l. 46. (de qua plura superiore libro tit. 1.) *Si quis, inquit, conduxerit nummo uno, conductio nulla est:* præfatus, quod & hoc donationis instar inducit. Nec tamen id obstat, quo minus sic recte idem scribat l. 5. *h. t.* *Si tibi habitationem loca vero, mox pensionem remittam, ex locato & conducto agendum erit.* Loquitur enim hic de locatione ab initio perfecta, non donandi animo, ut supra, sed negotiandi: etsi mox, id est, post, ex intervallo, remissa pensio sit. fuit igitur contractus ab initio perfectus: atque ex eo utrimque nata obligatio & actio: nec est cur ea idcirco esse desinat, quod remissa pensio fuit: quia nec si soluta sit, esse desinit. & quid interest, utrum soluta sit, an remissa: cum & remissio pro satisfactione, seu solutione cedat l. 52. *D. de solut.*

Superiori similitudini accedit, quod ut pretium in emptione venditione debet certum esse; sic oportet mercedem in locatione conductione esse certam: si ve nomine suo, si ve ex certa demonstratione: qualis est, si merces alieno arbitrio sit commissa l. 25. *D. & §. 1. Inst. h. t.* Hoc amplius debet merces consistere in pecunia numerata. alioquin est contractus innominatus do ut facias; locatio conductio non est: quemadmodum, si pretium rei emptæ consistat in pecunia numerata, est emptio venditio, alioquin contractus innominatus do ut des. Hoc modo Paulus l. 5. §. 1. *D. de præscript. verb.* Ulpianus l. 1. §. 9. *D. Depositi.* & post utrumque Justinianus §. 2. *Inst. h. t.* Est tamen scrupulus in l. 21. *C. h. t.* cujus hæc verba sunt: *Si olei certa ponderatione fructus anni locasti, de contractu bona fide habito propter hoc solum, quod alter majorem obtulit ponderationem, recedi non oportet.* Sed videamus; ne in fundo specialiter sit receptum favore rei rusticæ; ut is possit locari non modo nummis, sed etiam certa quantitate fructuum ex ea nasciturorum, verbi gratia, certo pondere olei. Nec audio Accursium, *Glossa ad d. l. 21.* existimantem, in ea non esse locationem conductionem, sed contractum innominatum. primum enim pro locatione conductione facit Rubrica, *De locato & conducto:* sub qua posita lex ex. accedit, quod contractus quo de agitur, in ea lege locatio vocatur. Alius adderet, quod is etiam dicitur bonæ fidei. Sed hoc minus urgeo: quamvis locationem conductionem bonæ fidei esse, non ignorem: cum etiam contractus do ut facias, tamquam præterens, permutationem utilitatis mutuae, mea opinione, bonæ fidei sit. Magis movet me, quod locator in d. l. negatur a contractu recedere ob id solum posse, quod ei ab alio plus offertur. id vero indigitat, in contractu quo de agitur, non esse locum pœnitentiæ: cui

E e 3

est in

est in contractu innominato locus ; in locatione conductione non est. Certa hæc atque indubitata. sed æque hoc , quod in *l. 8. C. h. t.* similiter promissis pro usu fundi certis annuis quantitatibus, non dicitur contractus innominatus , sed palam nominatur locatio conductio , manifestumque ejus jus describitur.

Reliquum est , ut de locatione usus seu fructus rei & operæ disputemus. potest autem locari & conduci fructus omnis rei corporalis : quæ sit in commercio, sive mobilis, sive immobilis, sive sese movens. etiam res incorporalis recipit locationem & conductionem : puta, usufructus : *l. 11. §. 2. D. de usufruct. §. 1. Inst. de usu & habit.* nempe, quia ad fructum & compendium spectat. Nil mutat, quod usufructus est jus personæ : quia ea locatione ipsum jus apud fructuarium manet ; perceptio vero fructuum, quæ est facti, tantum ad conductorem pertinet *l. 66. D. de jur. dot.* Indeque ea locatio etiam finito usufructu extinguitur *l. 9. §. 1. h. t.* Non tamen hæc vel sic constat subtili jure, sed benignitate Prætoria : quam indicavi *lib. 1. De Usufructu c. 3.* In usu non idem placuit : resistente natura usus, consistentis intra necessitatem ejus, cui concessus est : cujus angustiam egreditur merces ad compendium pergens *l. 10. §. 1. D. Commun. divid. d. §. 1. Inst. de usu & hab.* Similiter negat Ulpianus *l. 44. D. h. t. locari servitutem*, id est, prædii servitutem : nam hanc servitutis appellatio sæpe designat : ut indicavi *lib. vii. tit. 1.* talis vero servitus est jus sive qualitas prædii *§. 3. Inst. de rebus corpor. lib. 1. §. 6. D. de verb. signif.* ideoque extra prædium, cui inhæret, intelligi non potest *l. 20. §. ult. D. de serv. præd. rust. l. 6. §. 2. & 3. D. Si serv. vindic.*

De operarum locatione obscurior est deliberatio. mitto turpes ac flagitiosas, legibus aut bonis moribus contrarias : nullo jure ad tuenda aut promovenda scelera comparato. De cæteris quæritur a turpitudine atque improbitate vacuis, nam vel ex iis aliquas locari posse, aliquas non posse, auctor est Paulus *l. 5. §. 2. D. de præscript. verb.* In illis esse dicit, Si tibi do pecuniam, ut tabulam meam pingas : in his sequens, Si tibi do pecuniam, ut servum tuum manumittas. Paulus quæstionem finit exemplis : utinam regulam posuisset ! ultro liqueret sententia. nunc conjectura agendum est. illa huc exit : aut tu in re mea aliquid facis ; aut in re tua ; aut in re neque tua, neque mea : ea lege, ut ego pro opera tibi dem certam pecuniam. primo casu mea est substantia, in qua tua ponitur opera : hac lege, ut pro opera tua accipias certam mercedem pecuniariam : verbi gratia, in exemplo Pauli tu tabulam meam pingis, hoc pacto ; ut pro opera tua habeas certam pecuniam. non dubitat Paulus, esse locationem conductionem : quia opera tua locata in re mea, cum mea mercede commutatur, quod est proprium locationis conductionis. altero casu tu aliquid in re tua facis : ita ut tua res cum tua opera ad me veniat ; & tu pro utraque certam accipias pecuniam : in hoc casu (quem omisit Paulus *d. l. 5. §. 2.*) non putarunt Veteres, esse locationem conductionem ; sed emptionem venditionem : quia ut aliquid feceris meo nomine ; tamen operam tuam non in mea locasti substantia, sed in tua : eoque non tam fecisti, ut ad me tua veniret opera ; quam ut tua substantia, arte aut opera tua certo modo conformata, ad me proficisceretur. non est igitur operæ & mercedis permutatio, ad quam intendit locatio conductio ; sed permutatio pretii mei & substantiæ tuæ, quæ est propria emptionis venditionis. Hæc, quantum ad unum Pauli exemplum, plane consentanea exemplis & præceptis Veterum in *l. 65. l. 20. D. de contrah. empt. & l. 2. D. h. t.* claris & pulchris, ideoque dignis hic applicari. Succedit aliud Pauli exemplum in *d. l. 5. §. 2.* & est tale. Ego do tibi decem : ea lege, ut servum tuum manumittas. negat Paulus, esse factum locari solitum. Quæso, qua ratione ? duplici. prior est, quod in ea specie aliquid quidem fecisti illa lege, ut haberes certam pecuniam ; sed ni-

hil fecisti in meo : contra aliquid fecisti in tuo, atque ita ut inde nihil ad me veniret ; cum locatio conductio illum habeat finem, ut frui liceat propter operam tuam in re mea collocatam. magis igitur putat Paulus, esse contractum innominatum, do ut facias : quam locationem conductionem. Ab eadem causa pendet sequens casus : dedi tibi decem, ut meo nomine eas Romam. nam neque hic est locatio conductio : sed (si audimus Ulpianum *l. 5. D. de conduct. caus. dat. caus. non sequit.*) contractus innominatus, do ut facias : nimirum, quia iter, quod a te fit meo nomine, neque in meo, neque in tuo, fit : sed in via publica ; id est, in alieno. Ait autem Pomponius *d. l. 20. D. de contrah. empt.* non posse ullam esse locationem, ubi corpus ipsum non detur ab eo, cui id fieret. aliter atque si aream darem, ubi insulam ædificares : quoniam tunc a me substantia proficiscitur.

Præter superiora facta, sunt & alia non assueta locari & conduci : etiam cum pro his datur aut promittitur pecunia. talia facta sunt, quæ beneficiis comparantur. nam hæc ab animo reputantur, & inestimabilia habentur ; eoque mercedem operas expellentem, sine qua locatio & conductio nulla est, adspersantur : cum admittant honorarium sive salarium. Differentiam indicavi supra *ad Tit. Mandati vel contra.* Ibidem etiam petivi exempla ab operis Medicorum, & Professorum liberalium artium, quos inter sunt Geometræ, qui & Agrimensores & simpliciter Mensores *l. 1. pr. & §. 1. D. Si mens. fals. mod. dix.* alique enumerati in *l. 1. D. de extraord. cogn.* Omnibus his habitus hic honor ; (tantum valet usus !) ut eorum operæ ad beneficia accedere crederentur : usque adeo, ut quamvis vel ipsi æque atque opifices artificesve alii mercedem pro arte aut opera revera & paciscerentur & acciperent ; tamen non operam locare, neque mercedem pro opera aut arte, sed honorarium vel salarium pro præstito beneficio, accipere aut pacisci dicerentur. observavit hoc in Agrimensore Ulpianus *d. l. 1. pr. & §. 1. D. Si mens. fals. mod. dix.* in Medicis ac Professoribus artium liberalium Seneca *lib. 6. De benefic. c. 14. 15. & 16.* additis rationibus ex Veterum sententia : ut recte interpretatus est Vir Summus, Hugo Grotius, *Flor. spars. ad d. Tit. de extraord. cognit.* frustra reluctante Claudio Salmasio *Observ. ad jus Attic. c. 25.*

Porro ait Prætor, *De eo judicium dabo.* Hoc judicium est duplex : alterum locati, alterum conducti. illud locatori, hoc conductori, competit *pr. Inst. h. t.* utraque actio directa, neutra contraria : pari locatoris & conductoris jure. interim quia ultro citroque datur, bonæ fidei esse hoc judicium ; vere adnotavit Justinianus *§. 28. Inst. de actionib.* Primum attingam actionem conducti : quam Ulpianus *l. 15. D. h. t.* ait conductori dari, puta, adversus locatorem cum quo contraxit. ad quid ? quod conductori a locatore præstari oportet ex fide bona. proinde si quid specialiter convenit, ad hoc tenetur locator. sin minus ; duplex est ejus obligatio : una, ut præstet conductori frui licere : altera, ut indemnis ei sit conductio. prima agendi causa est ; ut liceat conductori frui : hoc est, percipere utilitatem & commoditatem, a fine rei conductæ venientem. hoc modo fruitur conductor domo, quam inhabitat ; item fundo, ex quo fructus percipit, sive per se, sive per alium, cui domum aut fundum sublocavit : natura enim fructus sponte vel facto humano producit. pensiones mercedisque juris interpretatione fructus habentur : ut ostendi *lib. 1. De usufructu c. 3.* Inde Imp. Alexander *l. 6. C. h. t.* Nemo, inquit, prohibetur rem, quam conduxit, alii locare, si non aliud convenit. idem apparet ex *l. 24. §. 2. D. eod.* Est vero sic jus conductori, eam alteri sublocare, non modo tanti, quanti ipse conduxit ; sed etiam pluris, atque ex illa locatione lucrum facere *l. 30. D. d. t.* Competit igitur conductori actio ex conducto adversus locatorem ; ut præstet frui licere & sibi, & cui fun-

fundum sublocavit. Nec hoc contenta est hæc actio : plus perit , ut conductor , aut is , qui ab eo conduxit , habeat omnia , sine quibus illi frui non liceat . consequenter debet locator præstare detentionem : qua sine frui conductor nequit . An & possessionem ? forte ambiges , propter *d. l. 15. §. 1.* Sed sufficit conductori detentio ; cum æque frui possit , si detineat ; licet non possideat . Hæc ratione ait Ulpianus *l. 9. D. de rei vindic.* eum detinere ; possidere negat . Atqui in *d. l. 15. §. 1.* sic extat : *Competit ex his causis fere : ut puta , si re quam conduxit , frui ei non licet , forte quia possessio aut totius agri , aut partis non præstatur .* Sed possessionem pro corporali detentione sumi , ne mirere . Id sæpe fieri probavi *lib. 1. De usufructu c. 3.* Quid , si præterea Labeo *l. 60. §. 1. h. t.* sic ait : *Hereditatem coloni , quamvis colonus non est , nihilominus domino possidere , existimo .* Sic ille & nostræ sententiæ convenienter : nam si domino possidet colonus ; ipse non possidet , sed dominus , cuius nomine possideretur *l. 18. D. de adq. posses.* detentionem igitur , non possessionem petet conductor ; multo minus dominium . nam frui potest , quamvis non sit dominus : ut in commodato quoque observatum . Sic habet causam hoc Ulpiani *l. 39. D. h. t.* *Non solet locatio dominium mutare .* Aliquando tamen aliter esse , intelligitur ex *l. 31. d. t.* ad quam more suo erudite Cujacius *lib. 7. Observ. c. 39.* Ne ad hæc quidem subsistit conducti actio . quin præterea petit cetera , sine quibus frui non potest conductor . sane fundo locato , petet sibi præstari instrumenta , sine quibus fundus non potest coli . quamvis autem hæc sint , pete ab Ulpiano *l. 19. §. 2.* & singula in Notis explicat Dionysius Gothofredus . Jam domo aut villa locata , præstari refectioem , præter Ulpianum *d. l. 15. §. 1.* vult Paulus *l. 25. §. 1. §. 2. h. t.* Et est notabile hoc *l. 60. D. d. t.* *Cum in plures annos domus locata est , præstare locator debet , ut non solum habitare conductor ex Kalendis illis cuiusque anni , sed etiam locare habitatori , si velit , suo tempore possit . itaque si ea domus ex Kalendis Januariis fulta in Kalendis Junius permansisset , ita ut nec habitare quisquam , nec ostendere alicui posset , nihil locatori conductorem præstaturum : adeo ut nec cogi quidem posset ex Kalendis Julii refecta domo habitare , nisi si paratus fuisset locator commodam domum ei ad habitandum dare .* Sic Florentiæ : sed Haloander pro , ex Kalendis illis posuit , ex Kalendis Julii . quod , ut proposito aptius , maluit Antonius Augustinus *lib. 4. Emend. c. 14.* multis demonstrans , quod jam notum omnibus , tum adhuc notum non erat , migrationes Veterum fieri solitas fuisse Kalendis Julii .

Hucusque effectum est , locatorem conductori actione ex conducto teneri , præstare frui licere . Quid , si non præstet ? dupliciter conveniri potest : alias ad id quod interest : alias ad remissionem mercedis : nam & dupliciter fit , ut non præstet frui : primum dolo aut culpa ; deinde casu fortuito , cui resisti nequit . De priore Seneca *lib. 6. De benefic. c. 4.* *Colonus suum non tenet , quamvis tabellis manentibus , qui segetem ejus proculcavit , qui succidit arbusta : non quia recepit , quod pepigerat ; sed quia , ne reciperet , effecit .* Sic Seneca : non male , sed minus plene . curatius nostri : quibus placet , locatorem , si conductorem frui impedit ; aut ipse dolo vel culpa facit , ne possit præstare frui ; conductori teneri non modo ad exonerationem aut restitutionem mercedis : sed præterea ad omne , quod ejus interest ; adeoque ad reparationem damni , quod patitur , & lucri , quo caret : ut in omnibus faciendi obligationibus . quod si nullo locatoris dolo aut culpa , sed aliqua externa vi , seu aliquo fortuito casu fiat , ne præstet frui licere : contra putarunt nostri , non esse æquum , locatorem , per quem non stet , quominus præstet frui licere , teneri ad omne , quod conductoris interest ; & tamen quia non præstat , quod convenit , conductori obligatum intelligi hætenus ; ut ei mercedem pro rata aut remittat aut restituat : non ultra . Utramque

partem hujus distinctionis exemplis pluribus executus est Africanus *l. 33. §. 35. h. t.* priorem tractavit Alfenus *l. 30.* & Paulus *l. 24. §. 4. d. t.* nec minus idem *l. 7.* & Tryphoninus *l. 8.* quas exposuit Cujacius *lib. 23. Observ. c. 30.* & post eum Altiserra ad *lib. ix. Disputat. Tryphonini.* posteriorem partem uno exemplo confirmavit Gajus *l. 25. §. 6.* pluribus Ulpianus *l. 15. §. 2. h. t.* sed uterque obscurius : ita nec peccavero , si eos paucis pro meo modulo adjuvero . Gaji verba *d. §. 6.* hæc sunt : *Vis major , quam Græci οὐρανία appellant , non debet conductori damnosa esse , si plus quam tolerabile est , læsi fuerint fructus : alioquin modicum damnum æquo animo ferre debet colonus , cui immodicum lucrum non aufertur .* Gajus loquitur de vi majore , quam dicit οὐρανία appellari . nempe solent Veteres casus insolitos , quorum causa lateret , Deorum iræ imputare . res notata a Seneca *lib. 1. De ira c. 27. §. lib. 6. Natur. quest. c. 3.* item ab Arnobio *lib. 1. Advers. gent.* adscribentibus tamen talia magis causis naturalibus : ut factum quoque a Javoleno *l. 59. h. t.* & aliis post hæc scripta nuper adductis diligentia Clarissimi & Eruditissimi Viri , Everhardi Ottonis , Amici mei Charissimi , in elegante Dissertatione *De præst. casib. solit. & insolitis. §. 2. & seqq.* Quidquid est : (nam id definire non est hujus loci) si vis major conductorem impederit frui ; putat Gajus , locatoris damnum esse . huc autem redit hæc sententia ; ut velit , eum conductori mercedem remittere ; sed non ad id quod interest teneri : quasi non sinat æquitas , mercedem solvi a conductore , cui locator vicissim non præstat frui , etsi vi majore impeditus . Eodem modo accipio Ulpianum *d. l. 15. §. 2.* ubi quæsitum , si vis tempestatis calamitosa , id est , grandinis , contingerit ; an locator conductori aliquid præstare debeat : sic subjicit Ulpianus . *Servius omnem vim , cui resisti non potest , dominum colono præstare debere ait .* Quo clarior fiat loci sensus , non inutiliter addam : quod responsio latius pater , quam quæstio . est enim infinita Servii locutio de omni vi , cui resisti non potest : cum tantum de vi majore , id est , de una parte cælestis injuriæ quærat Ulpianus . clare Plinius *lib. 18. Nat. hist. c. 28.* *Ante omnia duo genera esse cælestis injuriæ meminisse debemus . unum quod tempestates vocamus , in quibus grandines , procelle , ceteraque similia intelliguntur : quæ cum acciderint , vis major appellatur . hæc ab horridis sideribus exeunt , ut sæpe diximus , arcturo , orione , hadis . alia sunt illa , quæ silente calo , serenisque noctibus fiunt , nullo sentiente , nisi cum facta sunt . publica hæc & magna differentia a prioribus , aliis rubiginem , aliis uredinem , aliis carbunculum appellantibus , omnibus sterilitatem .* Sed , ut dixi , infinita est Servii regula , ad omnes fortuitos casus , quibus resisti non potest , respiciens : sive sint ab aliqua cælesti injuria , sive a quacumque alia vi externa . vult autem omnes domino nocere hætenus , ut mercedes amittat , non ultra . Consideremus Ulpiani exempla . primum est *fluminum* : eoque indigitat , quæ sunt aquarum magnitudines in *l. 23. D. de reg. jur.* alterum est *graculorum & sturnorum* . hi sunt aves edaces , gregatim volantes , sæpe magno agmine : de quibus præter Budæum *Annot. prioribus ad Pand. p. 313.* Cujacius *lib. 15. Observ. c. 28.* Menagius , *Amoenit. jur. civil. c. 38.* & nuper D. Everardus Otto , in laudata modo *Dissertatione §. 6. pag. 304.* Sequitur apud Ulpianum , *Et si quid simile acciderit , aut si incursus hostium fiat .* Incursui hostium compara vim prædonum ex *d. l. 23.* item exustionem ædium ex *l. 9. §. 1. h. t.* igne , puta , in eas foris illato . præterea publicationem vi belli contingentem potentia ejus , cui resistere non possit locator : item necessariam refectioem ob vetustatem ex *d. l. 33. §. 35.* Sed quid illud , *Si quid simile acciderit .* Cujacius exempla petit ab agmine locustarum , passerum , gruum , murium : quorum etiam meminit Arnobius *d. lib. 1. Advers. gent.* Pergit Ulpianus : *Sed & si labe facta sit , omnemque fructum tulerit : damnum coloni non esse : ne supra*

damnum seminis amissi mercedes agri prestare cogatur. Budæus pag. 316. pro *labes* legit *tabes*. frustra: nam *labes* (quod Cujacius animadvertit *d. c. 28.*) hic non est *labes* terræ: etsi sic vocetur aliquando: nam de *labe* terræ agit Ulpianus paulo post: sed *labes* est *labes* fructuum, statu ventorum, ut incurfu pluviarum, aut alio casu, contingens. Est mihi hoc eo probabilius: quia placet quoque Clarissimo Viro Everhardo Ottoni, in sæpius laudata Dissertatione §. 6. p. 304. addam, quod æque lubens video illic notari, quod observatum ante a Viris Clarissimis, Gronovio *ad Livium*, & Drakenburgio *ad Silium Italicum*, voces has, *labes* & *tabes*, a Librariis sæpissime confundi. Pergit Ulpianus *d. §. 2. Sed & si uredo fructum oleæ corruerit, aut solis fervore non assueto id acciderit, damnum domini futurum.* Ab utraque causa æstus & frigoris immodici atque insoliti fructuum vitia proficisci, auctor Plinius *lib. 17. Hist. nat. c. 24.* & Prudentius *lib. 2. Advers. Symmachum vers. 972. & seqq.* Uredinem autem idem Plinius *lib. 18. c. 28.* ait, frigore tantum constare, sole innoxio. Postremus Ulpiani versus est. *Sed (&) si ager terra motu ita corruerit, ut nusquam sit, damno domini esse.* Et hanc subjicit causam, quæ est in antecessum a me adducta: *Oportere enim agrum prestari conductori, ut frui possit.* Vult igitur Ulpianus, Servium sequutus, qualemcumque casum cui non potuit a colono resisti, locatori adferre damnum mercedis. Quid, si nihil acciderit extra consuetudinem? jam contra putat, coloni damnum esse *d. l. 15. §. 2.* id est, non oportere ei mercedem remitti; & habet rationem: quia non est cæli aut aliud externum vitium, sed coloni: ipsi, non locatori, imputandum. Huc spectat hoc Ulpiani *d. l. 15. §. 2. Si qua tamen vitia ex ipsa re oriantur, hæc damno coloni esse.* Et exemplum: *Veluti si vinum coacuerit, aliud, si rancis aut herbis segetes corruptæ sint.* Alciatus *lib. 7. Parerg. c. 5.* legit, *erucis*, easque dicit vermiculos, herbis, oleribus & arboribus noxios. Cujacius tamen retinet *rancas*: & explicat *vermiculos*. Porro adversus hos & herbas malas sua esse remedia docuit Plinius *lib. 18. Nat. hist. c. 17.* etiam Columella *lib. 2. De re rustica c. 9.* & ante utrumque Virgilius *lib. 1. Georgic. vers. 150. & seqq.* Erit igitur, auctore Ulpiano, coloni damnum, si nihil extra consuetudinem acciderit. Utar & sequente exemplo, quod est maxime proprium huic loco, ex *d. l. 15. §. 5.* Quidam de fructuum exiguitate questus est. dubitatum fuit, si petat remissionem mercedis, an habenda ejus sit ratio. negat Ulpianus: & addit, ita Rescripto Divi Antonini contineri. Quæso, qua ratione? nullam dat Ulpianus. interim est optima; nam si parum creverit ex fundo; nec ostenditur causa exiguitatis fructuum; credendum est, culpam esse coloni, agrum conductum non ita, uti debuit, exercentis. Itane? quo auctore, Columella, nec postules certiore. is vero *lib. 1. De re rustica c. xi.* sic scribit: *Ubi sedulo colitur ager, plerumque compendium, numquam (nisi cæli major vis aut prædonis incessit) detrimentum affert, eoque petere remissionem colonus non audet.*

Sed & tum, ubi a vi cæli, aut a bello, aliove casu fortuito, cui resisti nequeat, detrimentum est, coloni esse, si modicum sit, Ulpianus censet *d. §. 2.* id enim significant hæc ejus verba: *Si exercitus præteriens per lasciviam aliquid abstulit.* Contra, si *labes* facta sit, *omnemque fructum tulerit*, id est, abstulerit: ut ferre pro auferre in *l. 12. l. 27. l. 42. §. 1. D. de usufructu*) *damnum coloni non esse.* Gajus utrumque sic exprimit *l. 25. §. 6. d. t. Vis major quam Græci οὐρανὸς βία, id est, vim divinam appellant, non debet conductori damnosa esse, si plus, quam tolerabile est, læsi fuerint fructus: alioquin modicum damnum æquo animo ferre debet, cui immodicum lucrum non aufertur.* Accursius *immodicum lucrum* interpretatur valde modicum. quod forte mireris: sed

dedi consimilia ejus locutionis exempla complura, supra sub Titulo *Pro socio*. Sic in prædio rustico. idem in urbano Alfenus *l. 27. b. t.* Præter superiores causas inhibendæ remissionis est & illa in *d. l. 15. §. 4. d. t.* si uno anno quis remissionem dederit ob sterilitatem: deinde ubertas contigit sequentibus annis. ait enim Ulpianus, nihil tum domino obesse remissionem: sed integram pensionem etiam ejus anni quo remisit, exigendam. Idemque tradit, etsi dominus in remissione sit usus verbo donationis: quasi non sit donatio, sed transactio. item, si novissimus annus in quo ei remisit, sterilis sit, etsi superiores uberes fuerunt, & scit locator, ait, eum non debere ad computationem vocari. Ne hoc quidem prætereundum credidit Ulpianus *l. 9. §. 2. b. t.* Julianum dicere: si quis fundum locaverit, ut etiam si quid vi majore accidisset, hoc ei præstaretur, pacto standum esse. Imp. Alexander *l. 8. C. b. t.* superiori casui addit alium: pacto enim jungit morem regionis: modo recte legatur locus vitiat: & ex Harmenopulo *lib. 3. tit. 8.* a Radulpho Fornerio *lib. 5. Rer. quotid. c. 5.* sic verissime restitutus: *Si tamen expressum non est in locatione, aut mos regionis postulabat: Et si qua. &c.*

Summa omnium est: ut locator, si per eum stet, quo minus conductori præstet frui licere, culpæ nomine teneatur ad id quod ejus interest hoc esse præstitum: sed si aliqua vi externa cui resistere non possit, prohibeatur, ne id possit præstare; jam, quia nulla ejus culpa est, dumtaxat teneatur ad restitutionem mercedis, aut ejus exonerationem *d. l. 15. §. 7. & 8.* item *d. l. 33. 34. & 35. b. t.* De damno seminis videamus. Et Ulpianus *d. §. 7.* de eo sic scribit: *Supra denique damnum seminis ad colonum pertinere declaratur.* Hormanus *lib. 4. Observ. c. 21.* adjecta vocula, non, legit, *ad colonum non pertinere.* At Jacobus Gothofredus *lib. sing. Animadvers. c. 13.* rejecta illa emendatione, verba *d. §. 7.* sic optime interpretatur: Ubicumque remissionis habetur ratio, conductor quidem consequitur mercedis exonerationem pro rata: sed non præterea damnum emergens aut lucrum cessans quo id quod ejus interest, censetur. quare damnum amissi seminis ad ipsum pertinet, ad locatorem non pertinet. idque jam supra est declaratum, ubi? in *d. §. 2. l. 15. in vers. Sed & si labes.*

Altera causa actionis ex conducto est; ut conductori indemnis servetur conductio: damno ei in re conducta illato. fac: ut res exemplo illustretur: fundus locatus est. in eo pendent fructus. hos fur a fundo separavit, & separatos abstulit. habet quidem colonus quia ejus interest, ei non fieri furtum fructuum, actionem furti pœnalem adversus furem *l. 26. §. 1. D. de furt.* sed non potest fructus a fure repetere: quia non est fructuum dominus, antequam eos perceperit. nec igitur habet aut vindicationem aut condictionem furtivam, quibus illam repetitionem fieri oportet: sed utramque habet locator, si sit dominus locati fundi. is vero potest eas sine incommodo suo conductori cedere; ideoque cedere eas debet ex fide bona qua actionem ex conducto regi, supra dictum est. ac nisi cedat, poterit a conductore eo nomine conveniri *l. 60. §. 5. D. b. t.* quasi cum effectu ei non præstet frui licere. Idem vel simile est in fullone, re ei furto surrepta: quoniam custodiam præstare debet: nec tamen habet rei sublata repetitionem: quia, ut dictum, rei vindictio & condictio furtiva competit domino. convenit igitur bonæ fidei, ut dominus, postquam ei satisfactum est, fulloni teneatur actiones suas cedere *l. 25. §. ult. b. t.* quod sine damno suo facere potest *d. l. 60. §. 2.*

At damnum conductori supervenit, etiam extra rem conductam, quamquam occasione conductio- nis. id vero si veniat a causa propter quam non liceat ei re conducta frui: dubium non est, quin ei debeat a locatore præstari: ne alioquin ei noceat culpa locatoris. Sit exemplum ex *l. 19. §. 1. b. t.* Titius Sempronio

pronio locavit dolia. hæc fuere figulini operis, læpe adeo magna, ut difficulter possent moveri, aliquando defossa. Igitur locata a Titio sunt dolia. ea dolia erant vitiosa. ex his effluxit infusum vinum. damnum factum. cuius periculo? locatoris, si scivit. imo & si ignarus locaverit. tenebitur autem ad id, quod interest: nec excusata erit ignorantia. Sic Ulpianus, atque ex sententia Cassii. idemque Sabinum respondisse, ex Minicio refert Pomponius *l. 6. §. 4. D. de act. empt.* Non ita est: si saltum pascuum locasti, in quo herba mala nascebatur. nam hic, si pecora demortua sunt, vel etiam deteriora facta, distinguit Ulpianus, utrum sciens locaveris, an ignarus. priore enim casu, quod interest, inquit, præstabitur; posteriore pensionem non petes: addit Ulpianus, ita Servio, Labeoni, Sabino placuisse. forte non sine ratione: nam quod ad dolium attinet, id locator non locat, quale quale sit: sed tamquam dolium, id est, tamquam vas capax liquoris, ideoque integrum. quod si vitiosum sit: non præstat effectum atque usum dolii, quia non est capax liquoris: & si tale esse scivit locator, dolus est, ob quem recte tenetur ad id quod interest: sin ignoravit, adhuc ejus culpa est, quod pro integro locavit dolium, quod non est integrum. igitur quod præ se tulit, id ut præstet, bonæ fidei consequens est *l. 13. §. 8. D. de act. empt.* Sic in dolio vitioso. In saltu pascuo aliud juris est: quia cum saltum locat dominus, non locat eum sic, ut affirmet, carere mala herba. potuit quoque id ignorare bona fide: & ideo merito excusata erit ejus ignorantia; ne, si demortua vel deteriora facta sint pecora, ad id quod interest teneatur; tantumque pensionem non petat: quia etsi dolo & culpa vacat; tamen non est causa conductori, cur solvat pensionem; cum ei non licet frui.

Quod si quæ damna ex re locata quidem sunt, sed conductorem frui non perinde impediunt, hæc locatorem ea ignorantem adeo non onerant: ut ne mercedem quidem teneatur remittere; nedum præstare id, quod interest. Pone: (quod est thema *l. 45. §. 1. h. t.*) hominem, id est, servum locavi tibi, ut hab eas in taberna. is tibi fecit furtum. datum est tibi damnum: sed (quod Paulus observat) est extra causam conductionis: cum qua nihil commune habet furti crimen: siquidem servo nihilominus frui potes. proinde cessat conducti actio: non solita dari, nisi ad ea, quæ ad conductionem pertinent. Quid igitur est? ait Paulus, furti vitium in propriam cadere persecutionem, & tantum in locatorem parere actionem noxalem, si factum sit, eo insciente.

Actio locati datur locatori adversus conductorem: ut præstet ea, quæ eum præstare oportet ex fide bona. Debet igitur, ut Justinianus ait *§. 5. Inst. h. t.* conductor omnia facere secundum legem conductionis: & si in lege quid sit prætermisum, id ex bono & æquo præstare. Sed primum præstabit ea, de quibus conventum. nec dubium est; quin, si convenit, Ignem ne habeto, & habuit, teneatur, etiamsi fortuitus casus admisit incendium: quia non debuit ignem habere, ne innocentem quidem: prohibente lege conductionis. nam aliud est, ignem innocentem habere, aliud omnino non habere: quamvis, si dictum sit, ut innocentem ignem habeat, permittitur habere ignem; sed innoxium. Hoc voluit Ulpianus *l. 11. §. 1. h. t.* Si hoc in locatione convenit, Ignem ne habeto, & habuit: tenebitur, etiamsi fortuitus casus admisit incendium. Aliud enim est, ignem innocentem habere, permittit enim habere, sed innoxium ignem. Sic extat Florentiæ, & apud Haloandrum. sed deest aliquid pleno sensui, ita ope vulgatæ editionis Accursii supplendum: Aliud enim est, ignem innocentem habere, aliud omnino non habere. permittit enim. & reliqua. Superiori loco affinis est sequens ex *l. 9. §. 3. h. t.* Si colonis prædiorum lege locationis, ut innocentem ignem habeant, denuntiatum sit, si quidem fortuitus casus incendii causam intulerit, non præstavit periculum locator. si vero culpa locatoris, quam præstare ne-

cesse est, damnum fecerit, tenebitur. Sic editur Florentiæ, nullo sensu. melius vulgata Accursii editio: non præstabitur periculum locatori. Non minus laborat sequens verus: Si vero culpa locatoris, quam præstare necesse est, damnum fecerit, tenebitur. Scribe: si vero culpa, quam præstare necesse est, damnum fecerit, tenebuntur. Sic optime Antonius Faber, delecta voce, locatoris. non enim est Ulpiano quæstio; an locator teneatur conductori; sed an conductor locatori teneatur. Res clarissima; nec interpretatione opus. Aliud exemplum, nec dissimile superioribus est in *l. 11. §. ult. h. t.* Verba sunt. Inter conductorem & locatorem convenerat, ne in villa urbana fœnum componeretur: composuit: deinde servus igne illato succendit. ait Labeo, teneri conductorem ex locato: quia ipse causam præbuit inferendo ignem contra conductionem. Sic Haloander: Florentiæ extat, igne illato se occidit. Sed commodissima Haloandri lectio, igne illato succendit. Quæ in hoc loco sit urbana villa, intelligitur ex Columella *De re rustica lib. 1.* qui cap. vi. villam dividit in tres partes: urbanam, rusticam, & fructuariam: singulasque *d. c. & seq.* exponit. de rustica nil attinet hic dicere: sed fructuariam dividit in cellam oleariam, torculariam, cellam vinariam, defrutariam, fœnilia, paleariamque, & apothecas, & horrea. de urbana sic scribit: Urbana rursus in hyberna & æstiva sic digeratur, ut spectent hyemalis temporis cubicula brumalem orientem, cœnationes æquinoctialem occidentem. rursus æstiva cubicula spectent meridiem æquinoctialem, sed cœnationes ejusdem temporis prospectent hybernium orientem, balnearia occidenti æstivo advertantur, ut sint post meridiem & usque in vespertinam illustrata. ambulationes meridiano æquinoctiali subjecta sint, ut & hyeme plurimum solis, & æstate minimum recipiant. Unde apparet, villam urbanam dici, quæ vacat patrisfamilias habitationi, cæteroque ejus urbano usui. Igitur, ut ad rem veniam, convenerat inter conductorem & locatorem, ne in villa urbana componeretur fœnum: villa fructuaria huic usui inserviente. conductor tamen in villa urbana fœnum composuit. deinde servus id succendit illato igne. ait Labeo, ex locato teneri conductorem. qua ratione? quia ipse causam præbuit inferendo fœnum contra conductionem: id est, contra legem conductionis. Subjicitur ex Hermogeniano *l. 12.* Sed & si quilibet extraneus injecerit, damni habebitur ratio. sensus: Habebitur damni ratio in iudicio locati.

Sed apparet, legem contractus servari, bonæ fidei convenire: ac si fuerit quid in lege prætermisum; vel id ex bono & æquo præstari oportere *§. 5. Inst. h. t.* Ante omnia vero placet Gajo *l. 25. §. 3. h. t.* colonum curare, ut opera rustica suo quoquo tempore faciat. nimirum, ne intempestiva cultura deteriorem fundum faceret. Optime sic Cato, *De re rustica, c. 5.* Opera omnia mature conficias, face. nam res rustica sic est, si unam rem sero feceris, omnia opera sero facies. Breviter Cato: uberius Columella *lib. xi. De re rustica c. 1. ad fin.* sed prolixior locus est, quam ut adscribere debeam. Præterea vult Gajus *d. §. 3.* colonum villarum curam agere, ut eas incorruptas habeat. Inquilini similiter officium est, in domo conductæ versari, ut oportet bonum patremfamilias. Insuper curare debet conductor, ut locatori solvat mercedes, seu pensiones. quod si fecit: bene est, nec invitatus expelli potest intra tempora præfinita: nisi domum propriis usibus necessariam esse dominus probaverit; aut corrigere eam maluerit; aut conductor male in ea versatus sit; aut cessaverit in solutione pensionum *l. 3. C. h. t.* intra biennium continuum: etsi convenerit, ne intra tempora locationis de fundo invitatus repelleretur: nam verisimile est, (quod Paulus respondit *l. 54. §. 1. h. t.*) ita convenisse de non expellendo colono intra tempora præfinita: si duo observavit. unum est; si ut oportet, coluerit: alterum, si pensionibus paruerit; id est, si pensiones solverit intra biennium: simili loquendi forma, qua dici-

dicitur, parere æri alieno l. 5. §. 9. *D. de reb. eor. qui sub tut.* item parere sorti & usuris l. 8. *C. Quod cum eo.* & parere solutioni l. 8. *C. de reb. cred.* Sed quod dixi, oportere conductorem locatori mercedes seu pensiones solvere, adeo verum est; ut eum non levet, si deseruerit habitationem, vel fundi culturam: quin potest eo casu statim conveniri l. 24. §. 2. *h. t.* & quidem ad solvendas totius temporis pensiones, quatenus locatori, quod ejus interest, indemnitas ferretur; si præsertim sine justa ac probabili causa deseruerit l. 55. §. 1. *d. t.* sufficit enim locatori, præstitisse frui licere: conductor autem sibi imputet; si cum posset frui, non fuit fructus, quod si habuit causam, cur timeret periculum, quavis periculum vere non fuerit, non debet mercedem l. 27. §. 1. *d. t.*

Illud quale quod in l. 56. *h. t.* in hunc modum scribit Paulus: *Cum domini horreorum insularumque, diu non apparentibus, nec ejus temporis pensiones exsolventibus conductoribus, aperire & ea, quæ ibi sunt, describere a publicis personis, quorum interest, audiendi sunt. tempus autem in hujusmodi re biennii debet observari.* Hæc Pauli verba, nisi emendatione aut intellectu adjuventur, Grammaticæ vix possunt construi, non enim sunt integra; ac si quid video, ante verbum, *aperire*, desiderant hæc aut similia, *petunt, ut sibi liceat.* Verba præterea hæc, *quorum interest*, posita suo loco non sunt, jungenda fuere initialibus verbis hoc modo: *Cum domini horreorum insularumque, quorum interest.* Summam Græci, *Basilic. lib. 20. tit. 1. tom. 2. pag. 436.* sic transferunt Fabroto interprete: *Conductoribus per longum tempus non apparentibus, neque mercedem exsolventibus, licet eis quorum interest, aperire, & publicis personis presentibus quæ ibi sunt describere.* Videtur mihi Paulus præterea indicasse, id dominis non licere privata facere auctoritate: sed ut liceat, eos a Prætoris petere oportere; & petentes audiendos esse. huc ducunt Pauli verba. Accedit: quod Modestinus l. 20. *D. de injuriis*, Si, inquit, *injuriæ faciendæ gratia Seja domum absentis debitoris signasset sine auctoritate ejus, qui concedendi ius potestatemve habuit: injuriarum actionem intendi posse respondit,* atque effectus ejus rei est: ut signatis, sive præclusis, sic in vectis atque illatis, reale sive expressum fiat pignus, quod antequam tacitum l. 9. *D. In quib. caus. pign. tacit.* id observat Cujacius lib. 17. *Observ. c. 39.* Ego præterea notabo: quod diu hic a Paulo exponitur per biennium: cujus etiam mentio in l. 54. §. 1. *D. h. t.* & in hoc Martialis lib. 12. *Egigr. 32.*

*O Juliarum dedecus Calendarum,
Vidi, Vacerra, sarcinas tuas, vidi:
Quas non retentas pensione pro bima
Portabat uxor rufa.*

Postremo debet conductor rem conductam locatori finita locatione bona fide restituere; quia eam non accepit propriam; sed fruendam ad tempus plerumque, quod si non restituat, aut restituat, sed deteriore; damnabitur ad æstimationem, quanti in litem juratum fuerit l. 48. §. 1. *D. h. t.* si ejus dolus intervenerit: nam culpam non actor æstimat jurejurando ex affectu: sed Judex ex rei veritate: ut obtinui supra *sub Tit. De in litem jurando.* Quid, si rem amiserit sine dolo & culpa? eum non teneri, Justinianus scribit §. *pen. Inst. h. t.* cum a nullo casus in judicio tam locati, quam conducti præstetur l. 28. *C. d. t. l. 23. D. de reg. jur.* Venit igitur in hanc actionem dolus & culpa. Sed quæ? mihi placet, distinguere locationem usus seu fructus rei a locatione facti, sive operæ. priore casu (de quo loquitur l. 5. §. 2. *D. Commodati*) tenetur conductor saltem de culpa lata & levi; nec est causa, cur etiam ad levissimam adstringatur: cum præsertim locatio & conductio spectat ad utriusque contrahentis utilitatem: quo in casu culpam levem sufficere, Ulpianus ait *d. l. 5. §. 2.* Non minus evidens hoc est ex l. 3. §. 1. *D. Nautæ caupon. stabul. ubi*

idem Ulpianus locati actionem comparans cum actione depositi & actione in factum de receptis, ejus actionis necessitatem hoc commendat nomine: quod in locato conducto culpa, in deposito dolus dumtaxat præstatur; Edicto vero de recepto, qui recepit, omnimodo tenetur, etiam de culpa levissima, tantumque a damno fatali liber est. Tenetur igitur conductor usus rei tantum de levi culpa. A conductore facti sive operæ præterea præstatur levissima culpa: quia is videtur ea conductione profiteri peritiam diligentiamque artificis, id est, non communem ac vulgarem, sed operi suscepto aptam & convenientem. eam si non præstet, quali ex tacita promissione merito potest eo nomine conveniri. Optime Cicero lib. 1. *De oratore c. 58.* *Aliud est, esse artificem cujusdam generis atque artis, aliud in communi vita, & vulgari hominum consuetudine nec hebetem, nec rudem.* Jam in proposito est apud Ulpianum l. 9. §. 5. *h. t.* Celsus etiam imperitiam culpe annumerandam lib. 8. *Digestorum* scripsit. Quando? Si quis vitulos pascendos, vel sarcendum quid, poliendumve conduxit, ait enim, *Culpam eum præstare debere, & quod imperitia peccavit, culpam esse.* Qua ratione? *Quippe, ut artifex, inquit, conduxit.* Debet igitur conductor operis diligentiam non communem: sed artificis; id est, summam. Eodem redit hoc ejusdem Ulpiani l. 13. §. 5. *d. t.* Si gemma includenda aut insculpenda data sit, eaque fracta sit, si quidem vitio materiæ factum sit, non erit ex locato actio: si imperitia facientis, erit. Similis casus est in l. 25. §. 7. Aliquis columnam transportandam conduxit: ait Gajus, si ea, dum tollitur aut portatur aut reponitur, fracta sit, eum ita id periculum præstare, si quæ ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit, culpam autem abesse, si omnia sunt facta, quæ diligentissimus quisque observaturus esset. Addit Gajus: idem scilicet intelligemus, & si dolia (hæc figulini operis fuisse, & sæpe maxima, supra tradidi, ideoque videntur non sine periculo transportari potuisse) vel tignum (Hotmanus lib. 4. *Observ. c. 22.* legit *signum*, id est, statuum, & vere & ingeniose) transportandum aliquis conduxerit. Rursum addit Gajus: idemque etiam ad cæteras res transferri potest. Sed apparet, veram esse quam feci distinctionem inter conductionem rerum & operarum. Nec turbat §. *pen. Inst. h. t.* ubi ab eo, qui pro usu aut vestimentorum, aut argenti, aut jumenti, mercedem aut dedit aut promisit, custodia talis desideratur, qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet: & additur: *quam si præstiterit, & aliquo casu fortuito eam rem amiserit, de restituenda ea non tenebitur.* Sed jam sæpius observatum est, gradus mutari a Veteribus, posito superlativo pro positivo, quemadmodum & positivus ponitur pro superlativo: itaque hic diligentissimum sumi pro diligente: sicut in §. *ult. Inst. de testam. ordin.* testamentum nuncupativum dicitur perfectissimum pro perfecto.

Hactenus ostendi, conductorem locatori teneri ad restitutionem rei conductæ. adhuc restat, an etiam debeat ei restituere id, quod rei conductæ nomine actione furti sit adeptus? Gajus l. 6. *h. t.* nec sine causa. sic puto: nam furtum tam usus fit, quam rei. usus autem adeo est conductoris: ut non timeat Seneca lib. 7. *De benefic. c. 5.* scribere. *Conduxi domum a te. in hac aliquid tuum, aliquid meum. res tua est: usus rei tuæ meus est. itaque nec fructus tanges, quamvis tua in possessione nascentur: & si annona carior fuerit, aut fames, Heu frustra magnum alterius spectabis acervum, in tuo natum, in tuo positum, in horrea iturum tua. Nec conductum meum, quamquam sis dominus, intrabis; nec servum tuum, mercenarium meum abducis: & abs te rhedam si conduxero, beneficium accipies, si tibi in vehiculo tuo sedere permisero.* Quid igitur est? quod conductor ex causa usus sibi interverfi, actione furti adquisivit; id, ut Gajus ait, non cogitur locatori restituere: quia sibi accepit occasione quidem rei conductæ, sed tamen propter interceptum

ceptum usum, qui ejus est. Aliter atque in creditore in *l. 22. De de pigner. act.* quia ejus quidem est possessio, sed usus ejus non est *l. 54. D. de furtis.*

Exposita emptione venditione, item locatione conductione, adhuc pauca dicenda sunt de emphyteusi: quæ ex Constitutione Zenonis ab utraque distinguitur: olim aliis videbatur ad emptionem venditionem, aliis ad locationem conductionem accedere.

Dicitur autem emphyteusis ab *superius* id est, implanto, infero; eo quod Veteres solent agros steriles & infœcundos aliis colendos, plantandos, serendos, dare eorum arbitrio, aliquando ad tempus, aliquando in perpetuum: ea lege, ut domino quotannis quamdam solverent pensionem, sive vectigal: (unde ager vectigalis, id est, emphyteuticarius, in Rubrica, *Si ager vectigalis*) & quamdiu vectigal solveretur, tamdiu neque ipsis, qui conduxerint, neque his, qui in locum ipsorum successerint, auferri eos liceret *l. 1. D. Si ager vectigalis.* Dabantur tales agri sic in perpetuum fruendi a civitatibus: nec minus a privatis. Illi porro, qui eos conduxerant a municipibus verbi gratia, quamvis non efficerentur domini, id est, proprie domini, accipiebant tamen jus in re dominio proximum, ex eoque utilem in rem actionem adversus quemvis possessorem, & adversus ipsos municipes: modo si vectigal solverent. Idemque erat; si ad tempus haberent conductum; nec tempus conductionis esset finitum *l. 1. 2. & 3. D. d. t.* Similiter erat illis alienatio non quidem ipsius agri vectigalis, nam is domini erat, sed juris emphyteuticarii, id vendendo, pignerando, legando *l. 16. §. ult. D. de pign. act. l. 31. D. de pignorib. l. 71. §. pen. & ult. D. de legat. lib. 1.* Maxime hæc, ut dixi, obtinebant, quamdiu vectigal domino persolvebatur: nam, si in mora esset emphyteuta per spatium temporis conventionem definiti; domino jus erat eum secundum legem, sive pactionem, expellendi: non privata auctoritate, sed per Judicem instituta rei vindicatione *d. l. 31.*

Nihil omisi, quantum scio, ex emphyteuticario jure, quod ei dederit ejus origo, profecta a prædiis rusticis, & quidem sterilibus ac desertis. Sed Veteribus placuit, id jus porrigere ad fœcunda & culta prædia: amplius, ad urbana quoque: ut solent jura paulatim incrementum, invitante utilitate. ea certe ratione Ulpianus *l. 15. §. 26. D. de damn. infect.* meminit ædium vectigalium. Cæterum cum esset hic quem dixi, status emphyteuseos, aliqua fuit Veteribus causa dubitandi de nomine & forma hujus contractus: aliis eam ad emptionem venditionem, aliis magis ad locationem conductionem, trahentibus: & erat sua cuique ratio: eo quod hinc inde aliquid emphyteusis mutaretur. Donec Imp. Zeno in *l. 1. C. de jure emphyteutic.* cujus summam in *§. 3. Inst. h. t.* posuit Justinianus, emphyteuseos propriam statuit naturam, neque ad locationem, neque ad venditionem (alienationem dixit Zeno) inclinantem; sed suis pactionibus fulciendam: ac si aliquid pactum fuerit, hoc ita obtinere, ac si natura talis esset contractus. sin autem nihil de periculo fuerit pactum: tunc, si quidem totius rei interitus accesserit; periculum domini esse: sicut (quod addit Zeno) ejus fuisset, etsi talis contractus nullus intervenisset: sin particularis; ad emphyteuticarium hujusmodi damnum venire: forte quod is, ut non sit verus dominus, quasi dominus habetur. Quidquid est: debetur hoc juri novo ex Constitutione Zenonis: nam ante in vectigali fundo idem fuit, quod in locato: monstrante *l. 15. §. 4. junct. l. 25. §. 6. D. h. t.* Ne in *d. l. 1.* quid incertum relinquam; lubet, adhuc inquirere; an, ut valeat contractus emphyteuticus, in eo scriptura desideretur. Huic liti causam præbuere sequentia legis verba, pactionibus, *scriptura interveniente habitis*, ac vix potest negari, quod duo ablativi absoluti videntur hic, ut alias in *§. ult. Inst. de nuptiis*, & in Rubrica *D. Soluti matrimonio*, facere conditionem;

eaque scripturæ necessitatem inducere. Magis tamen puto, ea verba non obstare, quo minus emphyteusis etiam sine scriptura contrahatur. primum, quia hic contractus procul dubio est bonæ fidei: in quo ut refert Paulus *lib. 2. Sentent. tit. 17. §. 14.* scripturæ solemnitas nusquam est recepta. accedit, quod in *l. 3. C. de jure emphyteutic.* nihil nocet amissio instrumenti emphyteutici: igitur nec nocebit ejus amissio: eo minus, quia ibi, si amissum dicatur, non opus est, amissionem probari; sed sufficit, probari consensum de contracta emphyteusi. Postremo posita in *§. 3. Inst. h. t.* est summa *d. l. 1.* sed nulla ibi scripturæ mentio: certo, ut opinor, indicio, emphyteusin consensu vel sine scriptura perfici. Nil contra faciunt duo ablativi absoluti, ex adverso adducti ex *d. l. 1.* quia non semper faciunt conditionem; sed aliquando tantum factum designant: ut in *l. 24. D. de testam. milit. & l. 2. §. 16. D. de orig. jur.*

Expositioni *d. l. 1.* quæ est Zenonis, subjicienda est *l. 2.* quæ est Justiniani. nam & is aliquid informavit ex jure vetere. primum jussit, si nihil sit specialiter pactum: (nam alioquin id, quod placuit, observari non vetat) tum, si emphyteuta domino per totum triennium, neque pecunias, id est, pensionem, vectigal, canonemve, neque apochas solutorum tributorum, reddiderit; domino licere, eum a prædiis emphyteuticariis repellere: ita ut emphyteuta non sit jus, aliquid contra petere nomine meliorationum, vel eorum, quæ emponemata dicuntur, vel promissæ pœnæ. Insuper vult Imperator, emphyteutam non juvare; quod a domino ante non fuerit inquietatus, sive interpellatus: & præfatur, quod in hac specie ex definitione generalis legis (quæ est *l. 12. C. de contrah. stipul.*) dies interpellat pro homine. Postrema Justiniani providentia est; ne domini hoc jure abutantur, reculantes accipere solutionem, quæ ipsis intra triennium offeratur: emphyteutæ concedere licentiam, attestatone præmissa, ei pecunias offerre, hisque deinde obignatis & depositis secundum legem, periculum dejectionis minime timere. Sic in fundo profano seu seculari. At ecclesiasticum in emphyteusin acceptum si quis deteriore fecerit, aut ex eo emphyteuticum canonem per biennium non solverit: poterit similiter repelli: nec minus tenebitur solvere totius temporis pensionem, & id, in quo rem læsit, refarcire: non repetiturus, si quid nomine meliorationis impendit, *Authentic. Qui rem hujusmodi C. de. Sacrosanct. eccles.*

Nunc transeo ad *l. 3. C. de jure emphyteutic.* Quid in ea Justinianus? ait, dubitatum fuisse, utrum emphyteuta suas meliorationes possit sine domini voluntate alienare; an debeat ejus consensum expectare? primum sancit, si quidem emphyteuticum instrumentum aliquas super hoc habeat pactiones, eas servari. Deinde, si tales nullæ sint; non vult, emphyteutæ licere eas sine domini consensu vendere. contra vult, eum has domino offerre eo pretio, quod ab alio offertur: dominum vero, se deinde declarare intra spatium duorum mensium. quod nisi fecerit dominus: dat Imperator emphyteutæ licentiam, suas meliorationes vendere, ubi voluerit, & sine consensu domini, his tamen, quæ in emphyteuticariis contractibus non solent vetari, ad hujusmodi venire emptionem. Præterea jubet, dominum intra duos menses suscipere emptorem, seu novum emphyteutam: nec plus pro eo exigere, quam quinquagesimam partem veri pretii, aut æstimationis: quam barbaro vocabulo vulgo laudemium appellant. Quod si hæc ita sint observata; vult Imperator, ratam esse venditionem: sin aliter; emphyteutam cadere jure emphyteutico.

Hæc fere summa Constitutionis. at nec ipsa sine ambiguitate. solet enim quæri: utrum tantum de venditione sit accipienda; an etiam de aliis alienationum speciebus. dubitatio vertitur propter initialia verba: *utrum emphyteuta debeat suas meliorationes alienare, vel jus emphyteuticum in alium transferre.* Sed

Sed mihi videtur *alienationis* verbum, etsi alias sit generale, hic specialiter accipi pro *vendere*: ut fit in *l. 1. C. junct. §. 3. Inst. h. t.* id eo magis: quia deinde in *d. l. 3.* aliquoties venditio dicitur, quæ ante vocata fuit alienatio. Præterea est ratio, cur Imperator in venditione velit, dominum præferri emptori extraneo: quia ager vectigalis seu emphyteuticarius proprius est domini: nec fuerit iniquum, si emphyteuta

a domino possit idem accipere pretium, quod ab extraneo ei offertur, dominum extraneo præferri: cum hoc unum venditione agat emphyteuta, ut pro emphyteusi accipiat pretium: nec intersit, a quo habeat, modo idem habeat. Sed hæc ratio neque in permutatione occurrit, neque in dote, neque in donatione. cessat. igitur in his hujus Constitutionis dispositio.

T I T U L U S III.

De æstimatoria.

Titulus hic supplendus ex *l. 1. h. t.* hoc modo, *De æstimatoria actione.* eaque ibidem etiam actio de æstimate dicitur. hanc autem fuisse dubitationis tollendæ gratia propositam, Ulpianus ait, nempe, volebant Veteres, unumquemque agere sic, ut ipse vellet, sed ex præscripto Legum; eumque in finem concipiebant certas ac solemnes unicuique negotio formulas: quas nisi observasset actor, causa cadebat & litem amittebat. Hujus periculi metus, sicut alibi sæpe, ita in proposito scrupulosos faciebat homines; ne aliter agerent, quam eos ex legibus aut moribus agere oporteret. fuit enim, cum res æstimata vendenda datur, dubitatum; utrum ex vendito esset actio, propter æstimationem; an ex locato, quasi rem vendendam locasse videar; an ex conducto,

quasi operas conduxissem; an mandati? In ea difficultate melius visum esse, Ulpianus ait, hanc actionem, id est, æstimatoriam proponi. & deinde sic pergit: Quotiens enim de nomine contractus alicujus ambigeretur, conveniret tamen, aliquam actionem dari, dandam æstimatoriam præscriptis verbis actionem. est enim negotium civile gestum & quidem bona fide. quare omnia & hic locum habent, quæ in bonæ fidei judiciis diximus *l. 1. h. t. §. 28. Inst. de act.* Addit Ulpianus *§. 1. d. l. 1.* quod æstimatio periculum facit ejus, qui suscepit. Aut igitur ipsam rem debet incorruptam reddere, aut æstimationem, de qua convenit. Paulus vero *l. 2.* subjicit: quod hæc actio utilis est, & si merces intervenit.

T I T U L U S IV.

De rerum permutatione.

Post contractus nominatos videamus innominatos. hi in *l. 5. tit. sequente* sunt quatuor: do ut des, do ut facias, facio ut des, & facio, ut facias. primum Rubrica vocat rerum permutationem. olim, cum nondum esset nummus, eo nomine etiam emptio venditio continebatur. postea invento nummo, distinctus est uterque contractus. alter vetus retinuit nomen permutationis, alter emptio venditio dici cœpit. hoc supra ostensum sub Titulo, *De contrahenda emptione*

ex *l. 1.* & huic jungenda hic *l. 1. h. t.* cum utraque sit Pauli, atque ex eodem lib. 32. Ad Edictum. In posteriore is Jurisconsultus duas observat differentias utriusque contractus. priorem in *l. 1. pr. & §. 1.* alteram in *§. 2. 3. & 4.* omnium sensum egregie explicat V. CL. Jacobus Cujacius *lib. 23. Observ. c. 28.* nec tamen suadeam, omitti a me scripta ad *l. ult. D. de condict. caus. dat. caus. non sequunt.* supra sub eo Titulo.

T I T U L U S V.

De præscriptis verbis, & in factum actione.

Injecta modo mentio contractuum innominatorum non est passa, hic præteriri actionem præscriptis verbis, & in factum, pro his adstringendis in Fori disputatione ab initio a Prudentibus inventam. ejus tamen usum, causam & rationem jam non tradam: quia hanc curam antehac feci meam *lib. sing. Ad Edict. de pact. & transact. c. 9.* ibi vide, si lubet: simul explicitos locos difficillimos in *l. 5. §. 1. 2. & 3.* item *l. 15. h. t.*

Accepit igitur Actio præscriptis verbis initio cau-

sam atque originem a contractibus innominatis, in quibus jure civili non erat prodita actio certa & nominata: cum esset justum, aliquam recipi. sed, ut fit, postea latius porrecta est ejus utilitas: prorsus, ut si nulla, sive aliqua esset actio, sed de ea dubitaretur, ejus incerti evitandi gratia, tutius ageretur præscriptis verbis, sive in factum actione *l. 1. 2. 3. 4. h. t.* exemplum in *l. 1. §. 1. & 2.* aliud in *l. 1. D. de æstimatoria*: item aliud in *l. 12. D. h. t. ad quam adde sis a me scripta d. lib. sing. c. XI.*



DIGESTORUM SEV PANDECTARUM

PARS QUARTA.

LIBER VIGESIMVS.

TITULUS I.

*De pignoribus & hypothecis : & qualiter ea contrahantur :
& sequentes deinceps Tituli omnes.*

IMPERATOR, Justinianus hoc libro mutavit ordinem Edicti perpetui : formula hypothecaria ex ultima ejus parte in qua erat, hunc in locum translata. mutationis causa erat duplex : una, ne a Titulo De pigneratitia actione quam visa est amulari, longius divagaretur. altera erat, quod pignora & hypothecae quodammodo sunt pro ministris venditionum, ceterorumque contractuum de quibus egimus, eisque vel ideo non male subijcerentur. Utramque rationem, ne quaestioni esset, ipse refert Imperator in *l. omnem §. 4. De conceptione Digestorum*. Utinam Edicti quoque formam alicubi subministrasset ! sed hanc neglexit. licebit igitur mihi, ex reliquiis quas inveni in Pandectis & Codice, ejus duo capita conficere : prius hoc modo : *Quae in fundum conductum a colono illata, inducta, inuenta, locator conventionem ejus cujus in bonis sint, pro mercede sibi obligata esse dicet, de his illi, nisi arbitrio Judicis restituantur, adversus eum qui possidebit, quanti res erit, judicium dabo.* Alterum sic confingo : *Quod quis sibi pro pecunia debita pignori hypothecae obligatum esse dicet, quod de eo convenit cum eo cujus in bonis erat, nisi arbitrio Judicis ei restituantur, adversus eum qui eam possidebit, quanti ea res erit, judicium dabo. Si soluta erit pecunia, aut pro ea satisfactum, perve creditorem stetit, quo minus id fieret, judicium non dabo.* Hoc Edictum fuit perquam necessarium : siquidem ex hypotheca nudo pacto facta nulla erat jure civili actio. pignore autem tradito jure gentium simpliciter, quemadmodum non erat fiducia jure civili, ut indicavi *lib. XIII. sub tit. De pigneratitia actione*, ita nec erat in rem actio qua creditor amissa possessione adversus possessorem experiretur : eo quod non poterat rem suam dicere, quamvis pignori traditam. multo minus poterat id dicere, pignore nuda conventionem obligato. Igitur ut ei dominium, ex eoque in rem actio competere adversus possessorem ; necesse erat, (quod ex Isidoro *lib. 5. Origin. c. 25.* intelligitur) ei dominium apud Praetorem in jure cedi ; vel ex jure Quiritium mancipari contracta fiducia : hoc est, ea lege, ut ei soluto debito, vel pro eo satisfacto, remanciparetur. Erat porro hominibus incommodum, in quibuscumque rebus immobilibus, mobilibus, magni aut parvi momenti, in Urbe, ruri, in Italia, in Provinciis, omnes adhibere solemnitates quas in mancipatione, aut cessione in jure intervenire oportebat. mitto verba, ipsa solemnities, & tantum inter praesentes pronunciarum solita. praeterea non erat semper, nec ubique, copia quinque testium, civium Romanorum puberum, praeter lipripendem, ut mancipatio ; aut Praetoris, Praesidisve, ut in jure cessio fieret. adde, quod mancipatio dumtaxat in rebus mancipi, & inter cives Romanos, Latinosque colonarios, & Latinos Junianos obtineret : non etiam in rebus nec mancipi, neque inter peregrinos ; nisi si quibus commercium datum

Noodt Operum Tomus II.

esset, auctore in Fragmentis Ulpiano *tit. 19.* Igitur in re difficili & molesta utilissime intervenit Praetor : Edicto pollicitus, servare hypothecas nuda conventionem constitutas, primum in inductis, inductis, illatis in praedium rusticum : deinde in rebus omnibus §. 7. *Inst. de actionib. l. 17. §. 2. D. de pact. l. 4. D. h. t.* modo essent obligatae conventionem ejus cujus in bonis essent. nam hoc intelligitur ex *l. 6. C. Si alienares pignori*. Inde sicut fiducia contracta vel cessione in jure, vel mancipatione facta, poterat creditor pignus quasi dominus jure civili vindicare a quocumque possessore : ita si res esset nudo pacto obligata, non accipiebat quidem creditor dominium jure civili : sed auctoritate Edicti jus in re *l. 19. D. de damn. infect.* atque eo facultatem rem sibi obligatam actione Serviana vel quasi Serviana a quocumque possessore repetendi, quamdiu solutum non esset debitum, aut pro eo non esset satisfactum, perve creditorem non stetit, quo minus id fieret. nam vel hoc fuisse Edicto comprehensum, claret ex *l. 19. C. de usuris*. Habes Edicti causam, atque originem : ex parte etiam probationem formae, qua tandem (ut in *l. 14. §. 1. D. de pecun. constit.* ait Ulpianus) pignorum utilitas irrepperit. reliqua dabit interpretatio, suam ab his lucem acceptura multis in locis.

Initio ait Praetor : *Quod quis sibi pro pecunia debita pignori hypothecae obligatum esse dicet.* Gajus *l. 238. §. 2. D. de verb. signif.* pignus, inquit, a pugno appellatum : quia res quae pignori dantur, manu traduntur. addit, inde etiam videri posse, quod quidam putant, pignus proprie rei mobilis constitui. Inventam tamen etiam rei immobilis suo modo traditione, non minus in ea pignoris appellatio invaluit §. 7. *Inst. de act.* Hypotheca Graecae originis est, dicta quasi supposita : re nudo pacto obligata vel sine traditione. observatum hoc auctore Ulpiano *l. 9. §. 2. D. de pignerat. act.* supra in actione pigneratitia. quantum vero ad actionem hypothecariam qua de hic agitur : inter pignus & hypothecam tantum nominis sonum differre, Marcianus animadvertit *l. 5. §. 1. D. h. t.* nam huc respicere, indicio est Inscriptio, Marciani *lib. sing. Ad formulam hypothecariam* praefrens. Justinianus *d. §. 7. Inst. de action.* sic clare, & optima ratione quam supra dedi sub *Tit. De pignerat. act.*

Igitur pignus sive hypotheca (propius enim consideranda haec sunt) est res pro debito obligata. id vero ut sit, Praetor desiderat, debitam esse pecuniam, & pro illa aliquid esse obligatum. primum vult, debitum esse : & recte : nam cum in majorem securitatem accipiat pignus : apparet, pignoris obligationem esse accessionem principalis obligationis : ideoque illam sine hac esse non posse. sane quid opus, quaeri securitatem, ubi deficit id cujus securitati studeatur ? res loquitur : ac clare Severus & Antoninus *l. 1. C. de non numerat. pecun.* verbis sequentibus : *Si pecuniam tibi non esse numeratam, atque*

ideo frustra cautionem emissam adseris, & pignus datum (id est, traditum) probaturus es; in rem experiri potes: nam intentio dati pignoris, nec numerata pecunia, non aliter tenebit, quam si de fide debiti constiterit. Eademque ratione veritas servetur, si te possidente pignus, adversarius agere coeperit. Sic illi: etiam Scævola l. 31. D. h. t. nam quaesito, an pignori recte datus sit fundus vectigalis: Si, inquit pecunia intercessit, pignus est. significat autem, si pecunia data est mutua, sive si est principale debitum, pignus esse. Ab eadem causa ait Tryphoninus in l. 33. D. h. t. si pignus dedi Titio stipulationi tantum solutionis gratia adjecto, posse me a Titio, quia ei nihil debetur, & pignus sine principali debito non valet, id repetere, etsi non facta solutione. Atqui possum ei solvere; & solutum non possum repetere. Sed non idcirco hoc fit; quod solutum est ipsi debitum; sed quod stipulatoris debitum ei est solutum secundum Legem stipulationis.

Igitur, ut valeat pignus, postulat Prætor, debito accedere. Quali? nihil refert Prætoris: non enim distinguit, utrum sit ex contractu, an ex maleficio, & utroque vero vel quasi, non magis refert ejus, utrum sit civile & naturale simul, an naturale tantum l. 5. D. h. t. nam vel hoc est debitum, quamquam ab invito non potest exigi: est enim satis, solutum non posse repeti, ut securitatem accipiat. quod si tantum sit jure civili debitum, in eo aliud jus est: quia ut patiat actionem jure subtili, tamen objecta ei exceptione, est perinde, ac si non esset debitum l. 3. §. 1. D. de constit. pecun. quare & solutum repeti potest: nec est causa pignoris, ubi non est causa securitatis. Postremo non refert; utrum debitum sit purum, an in diem, vel sub conditione. nam in puro dies statim cessit & venit. ubi in diem debetur, etsi non venit dies, tamen cessit. quod si sub conditione sit debitum, dubitari potest, quia dies ante, quam existit conditio, non modo non venit, sed nec cessit. interim tamen est spes debitum iri l. 213. D. de verb. sign. fuerit igitur rationis, vel hic pignus accipi in securitatem spei: etsi non alias teneat pignus, quam existente conditione: quia tum demum est debitum l. 5. D. h. t.

Non est Prætori satis, debitam esse pecuniam: præterea vult, aliquid pro ea esse obligatum. & hoc recte: nam si debetur quidem aliquid, sed nihil pro debito sit obligatum: ipse debitor personali actione tenetur ex mutuo, aut ex stipulatu, verbi gratia: sed ejus bona sunt a pignore libera. id naturali ratione intelligitur: sed quid vetat, idem firmari auctoritate l. 17. C. h. t. In qua proponitur quædam Pontia fratri mutuam dedisse pecuniam. frater dicitur ex ea emisit prædium. fratre deinde cessante in restitutione pecuniæ creditæ, rogat Pontia Imperatores per libellum; an ei integrum sit, jure pignoris persequi prædium, a fratre ex pecunia a se credita comparatum. quid Imperatores? sic rescribunt: *Quamvis ea pecunia, quam a te mutuo frater tuus accepit, comparaverit prædium; tamen nisi specialiter vel generaliter hoc tibi obligaverit, tua pecunia numeratio in causam pignoris non deduxit. sane personali actione debitum apud Præsidentem petere non prohiberis.* Igitur ut pignus sit, non modo debitum esse oportet; sed præterea debet res creditori pro debito obligata esse. Quo modo? ait Prætor: *Quod de eo convenit cum eo cujus in bonis res erat.* Vult igitur Prætor, ut res pignori sit, de eo conventum esse: nec plus desiderat. Adeo dat utilitati expediendarum rerum; ne opus sit vetere & molesto circuitu cessionis in jure apud Prætorem, vel mancipationis adhibitis quinque testibus civibus Romanis puberibus, præter libripendem, & verborum solemnitatem, item præsentiam personarum contrahentium, plane supervacuum: de quibus supra monui. Contra sufficit Prætori, pignus sive hypothecam constitui nudo pacto, sive nuda conventionione qualicumque. Hac ratione Gajus l. 4. D. h. t. *Contrahitur, inquit, hypotheca per pactum con-*

*ventum, cum quis paciscatur, ut res ejus propter aliquam obligationem sint hypotheca nomine obligata. Nec ad rem pertinet quibus sit verbis: sicuti est & in his obligationibus quæ consensu contrahuntur. Nec minus vere addit: Et ideo & sine scriptura, si convenit, ut hypotheca sit, & probari poterit, res obligata erit, de qua conveniunt. Qua ratione? sic ait: *Fiunt enim de his scriptura, ut quod actum est, per eas facilius probari possit: & sine his autem valet quod actum est, si habeat probationem: sicut & nuptia sunt, licet testationes in scriptis habitæ non sunt.* Similiter cum inter absentes, æque conveniri possit, atque inter præsentibus, Modestinus (lib. 3. Regularum, unde est l. 23. D. h. t.) non abs te, *Pignoris, inquit, obligatio etiam inter absentes recte ex contractu obligatur.* Sic est in omnibus editionibus, etiam Florentiæ, *ex contractu.* Male, res postulat, *ex conventionione.* illud vero, *ex contractu,* mihi videtur esse vitium incogitantia ipsius Modestini. & hujusmodi vitia olim complura observavi lib. 1. Probabil. c. 9. quibus hoc nunc addo. Constituitur igitur hypotheca manifesta conventionione. An & tacita? quidni? quippe cum consensus non minus ex rebus & factis, atque ex verbis, aut nuncio, aut epistola intelligitur. Ne res sine exemplo sit, apponam pulchri ex l. 5. §. 2. D. in quibus caus. pign. tacit. Titius rem alienam obligavit pignori, tale pignus non valet vi hujus Edicti. deinde dominus ejus rei pro Titio fidejuber. putat Marcianus, ex hac fidejussione firmatum intelligi pignus, quod ante erat invalidum. Atqui pignus demum nascitur ex conventionione: quæ in proposito nulla liquet. non nego: nam rei dominus fidejubendo quidem egit de obliganda persona sua; sed de obliganda re sua nihil egit, ita si intra verba subsistamus. sed Marcianus magis ad rem, quam ad verba attendens, opinatur dominum hoc ipso quod fidejuber, quodammodo mandare, rem suam esse obligatam: puto, quod plus volens, non videtur nolle, quod est minus. plus est, personam suam; minus est, rem suam obligare. Dominus igitur rei a Titio, nullo jure obligata, eo ipso quod personam suam fidejubendo obligat, etiam in rei suæ pignus tacite consensisse intelligitur. Quamquam non ita est: si postea, quam fidejussit, ejus res a Titio pignori obligata sit: nullo deinde domini consensu ex novo facto subsecuto.*

Constituitur igitur ex Edicto pignus qualicumque nuda conventionione. Utrum in re una, an in pluribus? nec hic distinguit Prætor: & est rationis, tam de omnibus, quam de una, pro contrahentium utilitate conveniri. proinde sit duplex pignus: unum speciale, alterum generale. illud, cum de una re, sive una specie, obliganda convenitur: hoc, cum de omnibus, sive universis, utriusque mentio in l. 2. C. l. 1. & l. 15. §. 1. D. h. t. primum est, ubi de re una & certa, ut pignori sit, convenit: tum vero illa tantum de qua nominatim convenit, pignori erit. estque adeo considerandum, non modo an res, sed etiam quæ res sit, de qua conventum est. fac; (quod est exemplum l. 26. §. 2. h. t.) Lucius Titius prædia & mancipia quæ in prædiis erant, obligavit. ea mancipia mortua sunt. in ea prædia deinde missa ab heredibus Lucii Titii sunt alia. creditor hæc cum prædiis jure pignoris distraxit. Quæsitum fuit, an emptor hæc mancipia recte vindicare possit? quærendi causa, quod a creditore inventa sunt in prædiis, ei obligatis cum mancipiis in his constitutis. Modestinus respondit, si neque pignoris sunt ipsa mancipia, neque ex pignoris ancillis nata, creditoribus minime obligata esse. Modestinus, more quorundam Veterum, non de facto, sed de jure respondit, non oportere quæri, an mancipia cum prædiis oppignoratis distracta modo fuerint in prædiis a debitore constituta: sed an ea mancipia conventionione debitoris & creditoris sint comprehensa. nam si ipsa sint de quibus convenerit, ab emptore vindicari recte: quia erant obligata. quod si alia sint; non recte vindicari, quia non sunt obligata de quibus non est conventum, ut pigno-

pignori sint. Vera hæc rebus singulis conventionione pignori obligatis : quales res sunt mancipia in superiore specie. At si de universitate pignoranda conveniret, forte ambigi possit. sit exemplum in grege : hoc vocabulo universitas indigitatur : id est, quoddam corpus, constans ex distantibus capitibus, tamen uni nomini subjectis *l. 30. D. de usurp. & usucap.* Igitur puta, convenisse, ut grex sit pignori, ex eoque capitibus omnibus per diversa tempora mortuis, aliisque in eorum locum substitutis, renovatum esse gregem totum, an durat pignus? quæstio eo redit, utrum grex sit idem de quo convenit, an alius de quo non convenit. Marciano *l. 13. D. h. t.* placet, durare pignus : quod existimat, eundem esse gregem de quo convenit, et si mutatis omnibus capitibus quæ in grege fuere. idemque mihi videtur : scilicet, quia de gregis obligatione convenit, non de obligatione singulorum capitum quæ initio in grege erant. alius autem est grex, alia singula capita *l. 1. §. ult. D. de rei vindic.* porro mutata sunt singula capita de quibus, ut pignori sint, non convenit : sed grex de cujus obligatione convenit, mutatus non est : durante universitate, quamdiu ejus species durat : ut egregie Alfenus *l. 76. D. de judicis.* Superiori exemplo simile est sequens in taberna. qua pignorata, potest quæri, quid pignori futurum sit. si enim tabernæ appellatione exaudiamus merces in ea venales, non manent diu eadem. quin quotidie mutantur : dum aliquæ venduntur, & aliæ in earum locum reponuntur. mutatis vero omnibus non possunt pignori esse in taberna deprehensæ : quia de his non est conventum ; & quæ fuere tempore conventionis, jam non sunt. atque hoc si est, fuerit metus ; ne taberna pignori obligata nihil actum sit. Sed aliter se res habet. certe visum mihi, conventionione de pignoranda taberna quamdam designari mercium universitatem : cujus particulæ quotidie mutantur, manente specie tabernæ, id est, universitatis : ideoque intelligi actum ; ut ea quæ tempore mortis debitoris quo tempore creditor forte pignus persequatur, in taberna reperiantur jure pignoris præclusa, pignori obligata censeantur : quali eadem duraverit taberna, et si mutatis mercibus. Sic Scævola accipio *l. 34. D. h. t.*

Ut redeat eo, unde cæpit, disputatio ; putemus, placito, rem certam pignori esse, solam teneri rem de qua convenit ; ideoque esse observationis, quid ejus rei appellatione comprehendatur. Non autem difficilis erit hæc definitio, re manente illo in statu in quo erat tempore conventionis. sed finge, mutatam. jam an duret pignus, quæri potest : mihi videtur : hac certa ratione, quod non de forma, ut pignori sit, convenit : sed de re seu materia. ita qualis qualis fiat, pignori tenetur. addam, & optime ; quod alioquin foret in potestate debitoris, invito aut ignorante creditore, pignoris obligationem formæ mutatione eludere. Ne dubita. clare sic Marcianus *l. 16. §. 2. h. t.* Si, inquit, *res hypothecæ data, postea mutata fuerit, æque hypothecaria actio competit.* Et tale ponit exemplum : *veluti de domo data hypothecæ, & hortofacta.* addit, *item, si de loco convenit, & domus facta sit, item de loco dato, deinde vineis in eo positis.* Æque observandum, ubi res obligatur, non hanc aut illam partem jure pignoris : teneri sed rem totam, omnesque ejus partes obligatas esse. Fundamentum huic collectioni est, quod in toto pars inest *l. 113. D. de regul. jur.* & qui totum dicit, omnes intelligit partes : atque ipsas non præsentis tantum ; sed futuras quoque : quia quo accedunt tempore, partes sunt totius de quo, ut pignori sit, convenit. Ancilla hoc modo pignori obligata, non tantum ipsa erit pignori, sed partus quoque ex ea natus : quia quamdiu coheret cum visceribus matris, pars matris, id est, pars pignoris fuit : separatus autem a matre manet pignori obligatus : per nativitatem non sequuto, cur desineret esse *l. 29. §. 1. l. 26. §. 2. D. h. t.* Similiter, si

Noodt Operum Tomus II.

de fundo, ut pignori sit, convenit, etiam fructus ex eo nati, et si id non sit expressum, ipsi creduntur pignori inesse *l. 3. C. In quib. caus. pign. tacit.* cum enim pendent, partes prædii videntur *l. 44. D. de rei vindic.* eoque partes pignoris procul dubio. Eadem ratione, si de fundo convenit, ut hypothecæ sit, isque alluvione sit major factus, totus obligabitur *l. 16. D. h. t.* Igitur convento de obliganda re certa, & ipsa pignori est, & ejus partes accessionesve : sed præter has nihil. Adeo constat ratio Papiniano *l. 1. §. 1. h. t.* sic scribenti : *Servo pignori dato, peculium ejus creditor citra conventionem specialiter super eo conceptam, frustra distrabit.* Scilicet, quia alius est servus, aliud ejus peculium : postremo hoc non est in parte, neque in accessione.

A speciali hypotheca proxime transitur ad generalem. constituitur autem hæc generali conventionione. qualis est, ut omnia debitoris bona, vel universæ ejus res, creditori pignori sint. sicut vero sub genere omnes ejus species continentur : ita hac conventionione omnes debitoris res perinde obligatæ esse creduntur, ac si singulæ nominatim ea conventionione essent enumeratæ *l. 2. C. h. t. l. 2. D. Qui pos. in pign.* idque adeo verum est, ut Palus *l. 29. §. ult. D. h. t.* scribat, *Si sciente & consentiente domino servus, ut omnia bona domini obligata essent, convenit, ipsum quoque qui cavuit, obligatum esse pignoris jure.* Dixi de bonis præsentibus. videamus de futuris. & quidem palam convento, ut hæc quoque pignori sint, sic in *l. 1. D. h. t.* inquit Papinianus : *Conventio generalis in pignore dando bonorum vel (id est, etiam) postea quasitorum recepta est.* Obtinuit igitur, ex generali conventionione in qua futurorum quoque bonorum fiat mentio, tam futura, quam præsentia pignori teneri : hæc pure, illa sub conditione, si adquirantur. Quid, si simpliciter dixerit debitor, se res suas supponere, non adjecto, præsentis, & futuras? dubitatum aliquando fuit : sed decisa quæstio est Constitutione Justiniani *l. ult. C. Quæ res pignori* : jubentis, jus generalis hypothecæ etiam ad res futuras produci. opinor, quia sic fieri solitum, voluisse, sic factum videri : idque indigitari his ejus verbis, *Cum sit justum, voluntates contrahentium magis, quam verborum conceptionem inspicere.* Quidquid est : late patent verba generalis hypothecæ. cave tamen, ea porrigas ultra bona debitoris qui de ea convenit ; ideo quod de bonis suis oppignorandis, ut potuit convenire, ita voluisse convenire, credi debet. Ac verissime in *l. 29. D. h. t.* respondit Paulus, generalem quidem conventionem sufficere ad obligationem pignorum : sed ea quæ ex bonis defuncti non fuerunt, sed postea ab herede ejus ex alia causa adquisita sunt, vindicari non posse a creditore testatoris. Plus dicam, Veteres circa ipsa debitoris bona, quamvis vel ex his nihil fuerit exceptum, suasisse hanc admitti moderationem ; ne videatur generaliter esse a debitore obligatum, quod non facile specialiter esset obligaturus. ac ne exempla essent in obscuro, dixerunt talia esse quæ ad usum ejus quotidianum & necessarium, aut ad singularem ejus affectionem spectent. cedo testimonia. non arceffam : sunt in manu omnium hæc Ulpiani & Pauli *l. 6. & seqq. D. h. t. Obligatione generali rerum, quas quis habuit, habiturusve sit, ea non continebuntur, quæ verisimile est, quemquam specialiter obligaturum non fuisse : ut puta supellex ; item vestis relinquenda est debitori, & ex mancipiis, quæ in eo usu habebit, ut certum sit, eum pignori daturum non fuisse : proinde de ministeriis ejus perquam ei necessariis, vel quæ ad affectionem ejus pertinent, vel quæ in usum cotidianum habentur, Serviana non competit. denique concubinam, filios naturales, alumnos constitit generali obligatione non contineri, & si qua alia sunt hujusmodi ministeria.*

Sequens locus est, a quo, & in quibus rebus, pignus constituitur. De hoc sic Prætor : *Quod quis sibi pignori hypothecæ obligatum esse dicet : quod de eo convenerit cum eo cujus in bonis erat.* Ante hoc Edi-

Etum pignus, quod mancipatione fieret contracta fiducia, tantum poterat in rebus Mancipi constitui ab his quorum erant ex jure Quiritium: in rebus nec Mancipi ea forma induci non poterat. imo ne poterat quidem in rebus Mancipi constitui ab his quorum in bonis erant; ex jure Quiritium non erant. poterat pignus, fateor, etiam cessione in jure constitui apud Prætorum vel Præsidentem sine distinctione; utrum res esset Mancipi, an non esset. at nec hoc erat citra difficultatem: cum non semper esset copia ejus Magistratus: aliquando per occupationes alias non sedentis, sæpe longe absentis, late patente jurisdictione. optime igitur Prætor, occursurus tot difficultatibus, ad meram juris subtilitatem pertinentibus, satis esse existimavit, de pignore sive hypotheca a creditore esse conventum cum eo, cujus in bonis qualiscumque res esset eo tempore quo de pignore conveniretur: atque hoc Serviana actione, id est, Edicto quo proposita ea actio fuit, comprehensum fuisse, Zosimo cuidam Diocletianus & Maximianus rescribere *l. 6. C. Si alien. res pign.* Esse vero hoc probandum creditori de pignore acturo, Gajus auctor est, utique conventionem de eo specialiter facta: nam in ea quæ est universorum bonorum, id non desiderat *l. 15. §. 1. h. t.* quia talis sit sub conditione, si quæ post adquirantur bona. quo casu alienam rem obligari posse, paulo post dicitur. Oportet igitur acturum de speciali pignore probare, id tempore conventionis in bonis obligantis fuisse. nam cum pignore quæretur jus in re; quis potest id constituere, præter eum in cujus bonis fuit *l. 53. D. de reg. jur.* aut alium ejus voluntate: Hic vero non refert, utrum sic fiat ab initio, an ex post facto. pone: dominus ratum habet pignus ab alio constitutum *l. 20. D. de pign. act.* valebit, etiam retro a tempore conventionis *l. 16. §. 1. D. h. t.* volente ratione, quod quis per alium facit, per se facere intelligi. exemplum in procuratore: siue ei nominatim mandatum sit, ut pignori det: siue sit universorum bonorum procurator, ab eo constitutus qui solebat sub pignoribus mutuas pecunias accipere *l. 11. §. ult. l. 12. D. de pign. act.* Simile in servo aut filiofamilias, si rem peculiarem pignori dederit, modo habeat liberam peculii administrationem: cum & alienare eam rem possit *l. 18. §. ult. & l. 19. D. d. t.* nec tamen hoc omnimodo verum est. nam si rem pro alio obligaverit; non teneretur, licet habeat liberam peculii administrationem: quia hanc non usque quaque habet *l. 1. §. 1. D. Quæ res pignori.* Præterea ait Paulus *l. 16. D. de pign. act.* si tutor, accepta pecunia in rem pupilli, Lege non refragante, rem ejus pignori dederit, tuendum esse: quia quantum ad providentiam pupillarem, domini loco habetur *l. 27. D. de admin. tutor.* idemque esse ait in curatore adolescentis & furiosi: sed Lege non refragante. intelligit autem Paulus Orationem D. Severi qua tutores & curatores prohibentur pupilli aut minoris prædia rustica & suburbana sine Prætoris decreto alienare aut obligare *l. 1. D. de reb. cor. qui sub tutel.*

Summa huc redit, quod cujus in bonis res non est, ei non est jus, de ea obliganda pure convenire: resistente Edicti forma. nec tamen hæc obstat, quo minus ei liceat convenire sub conditione, si cœperit in ejus bonis esse: quia sic non ante est pignori, quam in ejus bonis sit: quod Prætor voluit *l. 16. §. 7. D. h. t.* Hac ratione Gajus *l. 15. d. t.* patitur, ea quæ nondum sunt, futura tamen sunt, pignori dari. Et pro exemplis ponit fructus pendentes, partus ancillæ, foetus pecudum: sine dubio, quia conditio his, etsi palam non adjecta, vi ipsa inest *l. 1. pr. & §. ult. D. de condit. & demonstr.* Simile in re debita notavit Papinianus *l. 1. D. h. t.* forte propter spem eam nanciscendi: vel quia habens actionem ad acquirendam eam, videtur eam in bonis habere, quæ est in actionibus *l. 49. D. de verb. signif.*

Non igitur valet pignus de quo est conventum, quo tempore nondum erat in bonis obligantis. Quæritur, an convalescat ex quo incipiat in ejus bonis

esse: puta, quod domino heres factus est, vel rem pignoratam ab eo emit, aliave iusta causa accepit? Impp. Diocletianus & Maximianus in *l. 5. C. Si alien. res pign.* a quodam Eurychio de facto consulti, rescripserunt: *Cum res quæ necdum in bonis debitoris est, pignori data ab eo, postea in bonis ejus esse incipiat: ordinariam quidem actionem super pignore non competere, manifestum est: sed tamen æquitatem facere, ut facile utilis persecutio exemplo pigneratitiæ detur.* Duæ sunt Rescripti partes: dignæ quæ ex solido exponantur. prior negat, valere pignus de quo a debitore tum sit conventum, cum nondum esset in bonis ejus, etsi in his postea esse inceperit: ideoque creditori eo nomine etiam negat actionem ordinariam, id est, directam hypothecariam, ex Edicti verbis: non exigentis, pignus in bonis debitoris esse, agente creditore: sed jam tum, cum de eo conveniretur, in bonis fuisse. quod in proposito non est. Altera Rescripti pars vult; quod ut ordinaria, id est, directa actio creditori sic nulla competat, resistentibus Edicti verbis: tamen æquitas facit, ut facile utilis detur ex Edicti sententia: quamquam nec ista simpliciter atque indistincte. quomodo igitur? exemplo pigneratitiæ actionis: id est, ut ego interpretor, exemplo actionis pigneratitiæ contraria. ea vero clausula denunciat, re aliena pignori obligata a non domino cui dominium postea superveniat: multum referre, utrum scienti obligata sit, an ignoranti: priore enim casu cessare utilem actionem Servianam: posteriore non cessare; æquitatem eam inducente ad exemplum contrariæ pigneratitiæ actionis, talem distinctionem in persona creditoris manifeste observantis, auctore Paulo *l. 16. §. 1. D. de pign. act.* At enim Papinianus *l. 1. D. h. t.* sic inquit: *In speciem autem aliena rei collata conventionem, postea debitori dominio quæsito, difficultus creditori qui non ignoravit alienum, utilis actio dabitur: sed facilius erit possidenti retentio.* Novi: & hanc loquendi formam, *Difficilius dabitur utilis actio*, fraudi esse Doctissimis plerisque Viris. Sed persuasissimum habeo, ea contineri modestam negationem, Jurisconsultis neque inusitatam, neque indecoram, ac proinde sic accipiendam, quasi dicat Papinianus, Si debitor rem alienam pignori obligavit creditori non ignoranti alienam esse, & postea dominium debitori superveniat, nulla creditori dabitur utilis actio. Huc ire vim atque usum ejus locutionis & sic & alibi sæpe, pluribus testimoniis probavi *c. 12. lib. sing. De form. emend. dol. mal.* quæ hic non repetito; cum possint illic videri. Solum adjiciam, nec supervacuo, quod illic omisi, Papinianum in *d. l. 1.* scienti creditori utilem quidem negare actionem ad acquirendam possessionem quam non habeat: verum possidenti nihilominus exceptionem iusta ratione accommodare. nam ut consensus debitoris de re aliena pignori habenda creditori qui ejus retentione in contrahendo fuit contentus, ad actionem non proficit: æquum tamen est, debitorem fidem pacti servare; & alioquin a creditore exceptione doli mali repelli *l. 1. §. 1. D. de except. dol. mal.* Nisi vel hic scrupulum injicit Modestinus *l. 25. D. h. t.* sic scribens: *Cum vitiose vel inutiliter contractus pignoris intercedat, retentioni locus non est.* Sed videamus, ne alium casum, quam præsentem, in oculis habeat Modestinus. ego mihi sic persuadeo: est enim ejus sermo de contractu pigneratitio vitiose vel inutiliter celebrato. vitiose autem aut inutiliter non intercedit ille contractus, cum res aliena est data pignoris loco: modo sit principale debitum, & res pro eo pignori data non sit extra commercium, sacra, verbi gratia, vel fisci. valet igitur inter debitorem & creditorem, interque eos parit actionem directam & contrariam; quid ni exceptionem? sed aliter est re sacra pro debito pignori data. tum enim vitiose intercedit ille contractus: quia de re sacra contrahi, leges vetant. quid si pignori detur res, nullo principali debito? nulla est jam dandi causa: inutiliter igitur datur. sic constat, quando non sit retentioni locus.

Intelligis, quid obtinuerit usu juris, si re aliena pignori obligata a debitore, illi dominium deinde superveniat. Quæris; an idem sit, si re aliena a debitore ignorante domino obligata, dominus postea fiat debitori heres? Paulus *l. 41. D. de pignorat. act.* negat: sed quia obscure, more suo, quod necesse erat, hunc quoque locum serio explanavi *d. c. 12. lib. sing. De form. emendand. dol. mal.* ideoque licebit mihi in præsentia paucis absolvere. Versus primus ita se habet: *Rem alienam pignori dedisti. deinde dominus rei esse cœpisti: datur utilis actio pignoratitia creditori.* Cum Paulus ait, *datur utilis actio pignoratitia creditori*: annoranda sunt complura. primum sic accipio Paulum: quasi dicat, dari potest creditori utilis actio, vel creditori aliquando datur utilis actio. Casum autem in quo finit, hanc actionem creditori dari, esse puto; si ignoranti obligata sit res aliena. hoc, fateor, non apparet ex superioribus verbis; sed liquebit mox evidenter ex fine loci. Interim patieris addi, quam Paulus *utilem pignoratitiam actionem* vocat, eam sequente versu *pignoris persecutionem* appellare: indubitato signo, per actionem pignoratitiam designare actionem hypothecariam quæ & pignoratitia Serviana nominatur; & ad pignoris sive hypothecæ persecutionem sola comparatur: cum actio pignoratitia sit in personam, nec ad pignoris persecutionem spectet. Nondum dixi omnia: plus præsumo, errasse Juris Architectos qui hunc Pauli locum posuerunt sub Titulo, *De pignoratitia actione*; cum debuisset poni sub Titulo, *De pignoribus & hypothecis*, ad formulam hypothecariam pertinente. forte hoc alicui videatur durius; sed facile evincam sequente Pauli versu: *Non est idem dicendum: si ego Titio qui rem meam obligaverat sine mea voluntate, heres extitero: hoc enim modo pignoris persecutio creditori concedenda non est.* Quam Paulus vocat *pignoris persecutionem*, non est alia, quam actio hypothecaria: nam hæc in rem est, & sola pignus persequitur. separat vero Paulus casum hujus versus a priore: nolens, in hoc observari æquitatem quam in illo indulgit: plane convenienter ante dictis. an recte? vertitur dubitatio: quod in posteriore etiam casu idem qui est debitor, pignoris dominus est. adde, quod jam repræsentat eum qui de pignore convenit, & quod tenetur factum defuncti præstare. Sed, si audimus Paulum, hoc ad rem nihil confert: utique non efficit; ut pignus sic convalescat ipso jure, adeoque utilis hypothecaria actio, sine novo facto, sive sine nova conventionione, convalescat. cedo, qua ratione? Paulus hanc dat optimam: *Neque utique sufficit ad competendam utilem actionem, eundem esse dominum qui pecuniam debet.* Pauli sensus huc egreditur: quod debitum non est causa pignoris; nec magis dominium: ideoque neutrum est causa utilis hypothecariæ actionis. Quæ ergo? conventio de pignore facta ab eo qui postea factus est ejus dominus. Hoc probat Paulus verbis sequentibus: *Sed si convenisset de pignore, ut ex suo mendacio arguatur, improbe resistit, quo minus utilis actio moveatur.* Sensus Pauli est: quod causa utilis hypothecariæ actionis est conventio de pignore cum creditore facta ab eo qui nunc est ejus dominus, & tempore conventionis non erat. scilicet, quia sic mendacii arguitur, qui rem alienam ignoranti pro sua obligavit, & deinde dominus factus, improbe resistit, quo minus ex sua conventionione utili hypothecaria teneatur. at nil tale; ubi ego heres extiti Titio qui rem meam sine mea voluntate obligavit. ut enim hic debitor sum, nec minus pignoris dominus, pariter ut in priore specie: quod tamen debeo, non meo nomine debeo, sed Titii cujus heres sum: rei autem pignoratæ non sum Titii successione, verum meo jure, dominus. proinde mortuo Titio, si creditor adversus me agat utili hypothecaria actione, suum esse dicens pignus quod ei ignoranti sit a Titio cujus heres sum, obligatum: ei occurrat exceptione, Extra quam si ea res numquam in bonis Titii fuit: ac si replicet, se ignorantem

esse Titii mendacio circumventum; in eoque me qui Titii heres sum, adversus se adjuvari, æquitatem prohibere: negabo, esse causam me qui de pignore meæ rei numquam conveni, neque Titio, ut conveniret, auctor fui, improbitatis accusandi. At enim heres tenetur defuncti factum præstare. Recte mones: ideoque non intercedo, quo minus teneatur, hoc pignus nova conventionione confirmare: sic enim præstabit defuncti factum. facile etiam patior, eum quod defunctum repræsentat, ad hoc conveniri contraria actione pignoratitia in personam, sed hæc non est Pauli quæstio in *d. l. 41.* omnis ejus deliberatio est de utili actione hypothecaria in rem: eoque an pignus ab alio obligatum, quam a domino, sine nova conventionione, sponte, ipso jure, convalescat hac ex causa; quod dominus hujus pignoris, sit heres ejus qui de eo convenit. id vero negat Paulus.

Vix mihi tempero; ne post expositionem *d. l. 41.* attingam *l. 22. D. h. t.* in qua Modestinus, ut mihi persuadeo, egregie fulcit a me dicta ad Paulum: etsi a Doctissimis Interpretibus putatur his adversari: non satis expensis Modestini verbis. Inscriptio legis indicat, eam esse desumptam ex *lib. 7. Differentiarum.* inde conjicio Modestinum in illa, Pauli exemplo, utramque quæstionem tractasse, observata utriusque differentia: quamquam per Architectos Juris hodie altera tantum extet. Verba Modestini apposui. *Si Titio qui rem meam ignorante me creditori suo pignori obligaverit, heres extitero, ex post facto pignus directo quidem non convalescit, sed utilis pignoratitia dabitur creditori.* Horum verborum sensus est: Si heres extiterim Titio qui rem meam, me ignorante, pignori obligavit: id pignus directo, id est, sine novo facto, sponte, ipso jure, non convalescit ob id, quod factus sum Titii heres: sed ut valere incipiat pignus, debet a me approbati novo facto, sive nova conventionione: & ut hoc faciam, competit creditori adversus me qui heres sum, & defunctum repræsentō, contraria pignoratitia actio, quam Modestinus vocat utilem pignoratitiam. videlicet, quia spectantibus ad juris formam, non valet bonæ fidei contractus, qualis est pignoratitius: in quo dolus malus sit admissus, aliena re ignoranti pignori data. Interim, quia interest creditoris, se non decipi; sit interpretatione bonæ fidei: ut res perinde accipiat, ac si valeret. inde vero (quod Modestinus observat) datur creditori adversus debitorem, ejusque heredem, ad emendandum dolum malum utilis contraria pignoratitia actio: ut non ita pridem indicavi *d. c. 12.*

Demonstrato, ad pignoris obligationem a Prætoris desiderari creditoris conventionem cum eo cujus in bonis id eo tempore fuit: tandem restat, quid is bonorum appellatione designet. Ulpianus *l. 49. D. de verb. signif.* ait, bona ex eo dici, quod beant, id est, beatos faciunt; beare autem esse, prodesse, inde addit, in bonis nostris computari non solum quæ domini nostri sunt, sed & si bona fide a nobis possideantur, vel superficiaria sunt: jam æque bonis adnumerari, etiam si quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus: nam hæc omnia in bonis esse videri. Modestinus *lib. 3. Regularum* in *l. 52. D. de adq. rer. dom.* sic breviter, *Rem*, inquit, *in bonis nostris habere intelligimur, quotiens possidentes exceptionem, aut amittentes ad recuperandam eam actionem habemus.* De re quæ in dominio est, moneri nihil attinet, nemine dubitante, quin res domini sit in ejus bonis, ab eoque jure obligetur pignori. Idem dicendum de re bona fide possessa: nam & hanc in bonis esse, intelleximus ex *d. l. 49.* quin vulgo notum quod bona fides tantundem præstat possidenti, quantum veritas, quoties lex impedimento non est *l. 136. D. de reg. jur.* ab hac causa habet Publicianam in rem actionem. & optime Paulus *l. 18. D. h. t.* Si, inquit, *ab eo qui Publiciana uti potuit, quia dominium non habuit, pignori accepi; sic tueretur me per Servianam Prætor, quemadmodum debitorem per*

Publicianam. Similiter nemo dicet, superficiarium jure civili esse dominum superficiem: & tamen nemo negabit, eum instar domini reputari jure Prætorio, quo accepit jus in re l. 19. *D. de damn. infect.* & per hoc utilem in rem actionem l. 1. §. 3. *D. de superficiib.* l. 73. §. l. 74. & l. 75. *D. de rei vindic.* igitur nec dubitat Ulpianus d. l. 49. quin superficies sit in bonis ejus. Marcianus autem l. 13. §. 3. *D. h. t. Et in superficiarius*, inquit, legitime consistere creditor potest adversus quemlibet possessorem: sive tantum pactum conventum de hypotheca intervenierit, sive etiam possessio tradita fuerit, deinde amissa sit. Nec tamen omittendum hoc Pauli l. 15. *D. Qui pot. in pign.* Etiam superficies in alieno solo posita, pignori dari potest: ita tamen, ut prior causa sit domini soli, si non solvatur ei solarium. Idem de fundo vectigali respondit Scævola l. 31. d. t. Marcianus vero d. l. 13. §. 2. etiam pignus a creditore pignori dari, affirmat: cum ipse quoque habeat jus in re l. 19. *D. de damn. infect.* & propterea hypothecariam in rem actionem l. 17. *D. h. t.* De nomine debitoris fuit dubitatum: forte quod invito aut inscio debitore, non posset ei hoc modo mutari aut obtrudi creditor, salvo jure. postquam tamen vendi cœpit nomen, obtinuit: ut & generaliter & specialiter pignori possit. & hoc jam pridem placuisse, memoriæ prodidit Alexander l. 4. *C. Quæ res pignori oblig. pos.* Paulus vero, tamquam in re certa & explorata suo tempore, Si, inquit, convenerit, ut nomen debitoris mei pignori sit, tuenda est a Prætoribus hac conventio. Quo modo? ut & te in exigenda pecunia, (actionibus utilibus, ut est in d. l. 4.) & debitorem adversus me, si cum eo experiar, tueatur l. 18. *D. de pign. act.* Ne alio quidem redit hoc Diocletiani & Maximiani l. 7. *C. de hered. vel act. vend.* Postquam eo decursum est, ut cautiones quoque debitorum pignori dentur: ordinarium visum est, post nominis venditionem utiles emptori (sicut responsum est) vel ipsi creditori postulanti dandas esse. Similis deliberatio fuit, an usufructus pignori obligari possit? & quidem ait Marcianus l. 11. §. 2. *D. h. t.* si dominus proprietatis cum suo creditore convenerit de obligando rei suæ usufructu, nullam esse causam, quo minus id ei indulgeatur: volente ratione, eum suæ rei, quo modo velit, esse arbitrum & moderatorem. at si de usufructu obligando sit conventum ab eo qui habet solum usufructum, id est, nudum usufructum sine proprietate, potuisse dubitari: sed Papinianum scribere, creditorem etiam hic tuendum, qui potest, salva juris forma? indicavi lib. 1. *De usufructu c. 3.* ubi vide, si lubet & vacat. Major pugna est circa servitutes prædiorum urbanorum & rusticorum, propter d. l. 11. ult. & l. 12. *D. h. t.* Sed refert; utrum quærat de nova servitute a prædii domino pignori constituenda; an de vetere obliganda ab eo cujus prædio jam sit acquisita: posteriore casu qui est d. l. 11. §. ult. Marciano non placuit, eam obligari: consideranti, prædii servitutem esse qualitatem prædii, ipsi inhærentem prædio, & extra hoc nullam: quippe prædio datam ad ejus utilitatem, non domino, nisi prædii contemplatione. ille igitur si eam a prædio suo sine voluntate domini servientis prædii ad aliud prædium transfert sive pignoratione, sive venditione, sive aliter, ut Marciano videtur, nullo jure transfert: licebitque domino servientis prædii contra eum qui servitutem pignori accepit, agere actione negatoria, ei non esse jus ea servitute uti, se invito a quo constituta ei non sit. ita in posteriore casu Marcianus. An in prior Paulo aliter visum d. l. 12. Lubet apponere specimen. Dominus prædii rustici, aut urbani, parum refert, vicini prædii domino, a quo mutuam acceperat pecuniam, constituit servitutem: hac lege, ut ea utatur, donec soluta erit pecunia; & si non solvatur intra certum tempus, ei servitutem vendere liceat. Quæritur, an valeat conventio de servitute pignori constituenda? Paulus Pomponium sequutus, putat: quamquam non ex subtilitate juris: (secun-

dum quam oportet servitutem habere causam perpetuam quæ in proposito non est l. 4. *D. de servitutib.*) sed propter utilitatem contrahentium, quod bene observavit D. Galvanus, *De usufructu c. 39.* & ante Balduinus, *De pignoribus c. 12.* Expensis rebus, pignus recipientibus, porro subjiciamus paucas excipi solitas. Putas forte, me spectare ad res exemptas humano commercio, quales sunt homines liberi l. 6. *C. Quæ res pign. oblig.* & loca religiosa l. 3. *C. eod. tit.* sed hæc non sunt in bonis. illas quæro, quæ in bonis sunt, & nihilominus civili ratione prohibentur obligari. Ut specimen dem: pone ex l. 8. *C. Quæ res pign. oblig. poss. vel non.* aliquid quod ad culturam agri pertinet: ut in l. 7. servos aratores, aut boves aratorios, aut instrumentum aratorium. nimirum, ne tributorum illatio retardetur: & quid tum? optime apud Tacitum ille lib. 4. *Histor. c. 74.* Neque quies gentium sine armis, neque arma sine stipendiis, neque stipendia sine tributis haberi queunt. Sed jus apparet, & ex eo sequens disputatio apud Quintilianum lib. 7. *Inst. orat. c. 8. p. 555.* An quod in toto, idem in parte: Aratrum accipere pignori non licet. vomerem accipit. Aliud exemplum præbet hoc Alexandri ad Septinium l. 5. *C. d. t. Spem eorum præmiorum quæ pro coronis athletis pensanda sunt, privata pactione pignori, minime admittendum est:* & ideo nec si generale pactum de omnibus bonis pignori obligandis intervenierit, tenet. Alexander spectat ad ludos gymnicos in quibus decertabant athletæ: de quibus dixi sub Titulo, *De his qui not. infam.* addidi illic, hos ludos, quod in honorem Deorum instituerentur, appellatos fuisse certamina sacra. nunc sciendum, in his datas victoribus esse coronas, (de quibus Petrus Faber lib. 2. *Agonistic. c. 22.*) ipsasque victorias vocatas idcirco esse coronas. Hac ratione Alexander cum ait, athletis præmia pro coronis pensari, significat, athletis præmia pro victoriis pensari. Papinianus l. 40. *D. de re judicata* ait, ea præmia præstari propter coronas sacras: & in his manifeste meminit pecuniæ: quia hæc præmia erant commoda annonaria, seu mercedes, salaria, obsonia, victoribus, quamdiu viverent, a civitatibus, unde oriundi erant, annuatim solvenda. Egregie hæc observat Petrus Faber d. lib. 2. c. 17. ex Plinio aliisque. quibus addo hoc Vitruvii, *Præfat. lib. 9. Nobilibus Athletis qui Olympia, Pythia, Isthmia, Nemea vicissent, Græcorum majores ita magnos honores constituerunt, ut non modo in conventu stantes cum palma & corona ferant laudes, sed etiam cum revertantur in suas civitates cum victoria quadrigis in mania & in patriam invehantur, e reque publica perpetua vita constitutis vectigalibus fruantur.* Aequè pulchre observat Faber, Alexandrum d. l. 5. non prohibere obligationem præmiorum jam pro corona seu victoria debitorum: sed vetare obligationem spei præmiorum ob coronas seu victorias futuras. sane si debita aut percepta sint ob reportatam victoriam; contra esse, clare testatur Papinianus d. l. 40. *Commodis*, inquit, præmiorum quæ propter coronas sacras præstantur, condemnato placuit interdici, & eam pecuniam jure pignoris in causam judicati capi. Nec est obscura differentiarum ratio: quod peracto certamine, & obrecta corona seu victoria, non interest communis voluptatis Populi, qua alacritate deinde sit athleta, quidve de commodis præmiorum suorum statuatur: sed ante certamen, nondum obtenta corona seu victoria, aliter erat: nam tum intererat publicæ festivitatis qua Deorum cultus æstimabatur, spem futurorum præmiorum non obligari pignori: ne athletarum virtus amissa spe ea retinendi facile laxaretur.

Age nunc differamus de actione, pignoris hypothecæ nomine a Prætoribus proposita: tanta videlicet ejus auctoritate; ut Gajo teste in l. 27. *D. de noxalib. action.* pignus cujus persecutio negatur, nullum sit. Est vero illa duplex, nec unius Prætoris. prior vindicat in vecta, illata, inducta, in prædium rusticum locatori ab eo

ab eo cujus in bonis erant, manifeste obligata in securitatem mercedis. Appellata hæc ab auctore Serviana. ejusque exemplo inventa deinde est altera, cætera pignora persecutura. quæ quasi Serviana vocatur §. 8. *Inst. de actionibus*. alibi Serviana simpliciter l. 3. l. 10. l. 18. *D. h. t.* & a fine ad quem comparata, pigneratitia l. 41. *D. de pign. act. l. 9. in fin. D. Quib. mod. pign. solv. & alibi*. plenius pigneratitia Serviana l. 3. §. 3. *D. Ad exhibend.* passim hypothecaria, & a Justiniano l. omnem §. 4. *De concept. Digest.* formula hypothecaria: ad eamque scriptum cum a Gajo, tum a Marciano, esse librum singularem, indicant aliquæ sub hoc Titulo Inscriptiones. Ita conjicio, propositas duobus Edictis fuisse has actiones: unam Servii, cujusdam incogniti, alteram Prætoris alterius a Veteribus nusquam proditi. nec animadverto, cur hoc nolit D. Vinnius ad §. 7. *Inst. de action.* arbitratus, Servianam venire ex Edicti verbis: quasi Servianam Prudentibus deberi ex Edicti sententia. Sed Vinnium refutat; quod actio hypothecaria, sive quasi Serviana, in l. 5. *C. Si alien. res pignor.* alia dicitur ordinaria, alia utilis. illa venit ex Edicti verbis, si pignus tempore conventionis in bonis debitoris fuit: ista ex Edicti sententia, cum re aliena pignori obligata tempore conventionis, dominium debitori postea supervenit. Non minus huc pertinet, quod in l. 6. mox sequente sic extat: *Serviana etiam actio declarat evidenter, jure pignoris teneri non posse, nisi quæ obligantis in bonis fuerint.* Nec alio modo accipio hoc Philippi l. 19. *C. de usuris*: *Cum Serviana etiam actio manifeste declarat, pignoris inhiberi persecutionem, vel solutis pecuniis, vel si per creditorem steterit, quo minus solvantur.* Sermo utriusque loci explicat formam & rationem actionis quasi Servianæ: licet simpliciter appelletur Serviana. eo vero nomine non ipsa designatur actio; sed Edictum quo illa actio a Prætoris fuit prodita. Sed nimis liquet, cum ex his, tum ex d. §. 7. actionem quasi Servianam non a Prudentum interpretatione, sed a Prætoris atque Edicto ipso, proficisci.

Interim est unus utriusque actionis exitus; ac ne bis idem dicatur, sequutus exemplum Veterum, solum exponam quasi Servianam: eadem de Serviana intellecturus. Prima deliberatio erit, qualis illa actio sit, & quæ ejus causa. Est autem in rem l. 17. *D. de pignorib.* subnixa quippe jure in re l. 19. *D. de damn. infect.* quod sortita ex jurisdictione, sive Edicto Prætoris §. 7. *Inst. de actionib.* illam polliciti, re aliqua pro debito obligata ab eo cujus in bonis erat tempore conventionis l. 6. *C. Si alienares pignori*; estque consensu in hoc itum, ejus usum esse certum, pignore simpliciter constituto. cæterum antichresi facta, & inducto creditore in possessionem fundi vel domus, ut sibi habeat fructus in vicem usurarum, contra est pervulgata Interpretum sententia, possessione amissa cessare hypothecariam, sive quasi Servianam actionem, & in factum dandam. Sed mihi non placet hæc sententia, nec est vera, etsi in l. 11. §. 1. *D. de pignorib.* magno subnixa creditur auctore Marciano. nam cum antichresis, id est, mutuus pignoris usus, creditori datur debitoris conventionione: an agitur aliud, rem spectantibus, quam ut fundus aut domus pro debito obligetur ab eo cujus in bonis sit? Atqui sic fit pignus: nec hoc esse definit ideo, quod perceptus a creditore fructus, ob adjectum pactum, ejus sit in vicem usurarum. minime. quid ni igitur amissa possessione illi sufficiat actio hypothecaria, sola a Prætoris ad vindicandam pignoris possessionem proposita? Hanc viam ingressus sum, ipso duce Marciano in verbis d. l. 11. §. 1. a me sic verissime emendatis: *Si antichresis facta sit, & in fundum aut in ades aliquis inducatur, eo usque retinet possessionem pignoris loco, donec illi pecunia solvatur; cum in usuras fructus percipiat aut locando aut ipse percipiendo habitandoque. itaque si amiserit possessionem, solet hac actione uti.* In omnibus exemplaribus hætenus quidem legitur, *solet in factum actione uti.* sed verba sunt corrupta: &

confundunt optimam Marciani ratiocinationem. ea igitur ut constet, scribe: *solet hac actione uti*: id est, actione hypothecaria. Ita emendavi lib. 2. *Observ. c. 9.* ubi vide emendationis argumenta.

Alter inspectio erit, cui detur actio hypothecaria. intelligitur autem ex Edicti forma, soli dari ei, qui possit dicere, rem petitam sibi jure pignoris teneri. potest vero id dicere, quisquis probat, sibi debitam esse pecuniam: & rem quam petit, pro ea sibi obligatam esse ab eo, cujus in bonis erat. Pari ratione ejus heredi datur, atque in solidum, cum unus est: si plures sint, omnibus. quomodo? Imp. Valerianus & Gallienus l. 1. *C. Si unus ex pluribus heredib.* sic rescribere: *Manifesti & indubitati juris est, defuncto creditore, multis relictis heredibus, actionem quidem personalem inter eos Lege Duodecim Tabularum dividi: pignus vero in solidum unicuique teneri.*

Tertius locus est, adversus quem detur hypothecaria actio. datur autem adversus possessorem pignoris: postulante natura actionis in rem. Marcianus l. 16. §. 3. *D. de pignoribus* addit, etiam dari adversus eum qui fecit dolo malo, quo minus possideret. De herede videamus: is tenetur, non tamquam heres, sed tamquam possessor: ideoque cum plures sunt, datur adversus singulos in solidum, quamvis personales actiones inter eos ipso jure dividantur proportionibus hereditariis. ita Diocletianus & Maximianus l. 2. *C. Si unus ex plurib. hered.* Verba: *Actio quidem personalis inter heredes pro singulis portionibus quasita scinditur: pignoris autem jure multis obligatis rebus quas diversi possident: cum ejus vindicatio non personam obliget, sed rem sequatur: qui possident, tenentes non pro modo singularum rerum substantia conveniuntur, sed in solidum: ut vel totum debitum reddant, vel eo quod detinent, cedant.* Datur igitur hæc actio adversus possessorem. Utrum excusso demum principali debitore: an etiam ante? non distinxit Prætor: actionem simpliciter pollicitus adversus possessorem. adeo relinquit arbitrio creditoris: priusque agat personali actione adversus debitorem; an hypothecaria adversus possessorem. idque certi juris esse, rescribere Imp. Diocletianus & Maximianus l. 14. & l. 24. *C. de pignorib.* Receptum tamen fuit: ut præsens debitor, prius denunciationibus urgeretur ad solvendum; & eo cessante in solutione, tum adversus pignoris possessorem veniretur. l. 10. *C. d. t.* Longius perrexit Imp. Justinianus *Novell. 4. c. 2.* Vetans, ad pignoris possessorem venire; nisi prius excussis debitoris bonis, instituta personali actione. Id olim jure singulari, fisco pignus vindicante, placuerat ex decreto Imp. Commodi; æquitatem Principali benignitæ sequuti adversus juris regulas. quod nulli licuisse Magistratui, indigitare mihi videtur Paulus l. 47. *D. de jur. fisc.* quæ est ex ejus lib. 1. Decretorum. sed quod tum singulare fisci jus fuit, Justinianus, ut poterat, d. c. fecit commune omnium.

Finis hujus actionis est, ut pignus arbitrio Judicis restituatur. sic enim conceptum a me Edictum: & arbitrariam esse hanc actionem discimus ex §. 31. *Inst. de actionib.* Inde quale sit officium Judicis, facile intelligitur. Est autem ejus, inspicere: an actor potuerit dicere, rem quam petit, sibi pignori teneri: id est, an probaverit, sibi debitum esse, & rem petitam pro eo sibi esse obligatam ab eo cujus in bonis erat: & deinde, an ea res a reo possideatur. Tenes Judicis notionem: expectas sententiam. Forma a Marciano traditur in l. 16. §. 3. & 4. tum ab Ulprano l. 21. §. 3. *D. de pignorib.* sed ab utroque non æque distincte. an eodem modo, videamus. Unum certum; quod uterque (si non parer, quod dixi) consentit, convenire officio Judicis, reum absolvere: & contra, si parer, declarare, rem petitam actori esse obligatam jure pignoris: simul jubere, hanc a possessore ei restituere. id si fiat; bene esse: si non fiat, & justa allegetur causa, cur in præsentem non possit restitui, litem cautionibus expediri solitam. quod si nulla sit talis causa; puto, Judicem, uti de in rem actionibus est a Justiniano

traditum §. 2. *Inst. de officio Iudicis*, sic ex sententia quoque Ulpiani *d. l. 21. §. 3.* hic litem aestimaturum. Quomodo? verba Ulpiani apposui: sunt autem hæc: *Si res pignorat non restituatur, lis adversus possessorem erit aestimanda: sed utique aliter adversus ipsam debitorem; aliter adversus quemvis possessorem, nam adversus debitorem non pluri, quam quanti debet, quia non pluri interest: adversus ceteros possessores etiam pluri: Et quod amplius debito consecutus creditor fuerit, restituere debitori debet pignoratitia actione.* Hæc Ulpianus distincte. Quid Marcianus? is in *d. l. 16. §. 3.* sine discrimine sic inquit: *In vindicatione pignoris queritur, an rem de qua actum est, possideat is, cum quo actum est? nam si non possideat, nec dolo fecerit, quo minus possideat, absolvi debet. Si vero possideat, Et aut pecuniam solvat, aut rem restituat, æque absolvendus est. Si vero neutrum horum faciat, condemnatio sequetur. Sed si velit restituere, nec possit, forte quod res abest, Et longe est, vel in provinciis, solet cautionibus res explicari: nam si caverit se restitutum, absolvitur. Sin vero dolo quidem defecerit possidere; summa autem ope nifus non possit rem ipsam restituere: tanti condemnabitur, quanti actor in litem iuraverit; sicut in ceteris in rem actionibus. Nam si tanti condemnandus esset, quantum deberetur, quid proderat in rem actio, cum Et in personam agendo idem consequeretur.* Feci tenebras: petis lucem, erit manifesta: si a Marciano dicta hæcenus ad juris subtilitatem exigamus: sed ab Ulpiano tradita magis humanitatis esse existimemus: eamque tandem a Marciano æque probari. Ubi? in *d. l. 16. §. 6.* verbis sequentibus: *Si pluri condemnatus sit debitor non restituendo pignus, quam computatio sortis Et usurarum faciebat, an si tantum solverit, quantum debebat, exoneretur hypotheca. quod ego quantum quidem ad subtilitatem legis Et auctoritatem sententia non probo: semel enim causa transire videtur ad condemnationem, Et inde pecunia deberi. Sed humanius est, non amplius eum, quam quod revera debet, dando hypothecam liberare.* Ut ut hoc accipere tibi placeat: interim manet certum quod ante dixi, esse Iudicis officium, probato a petitore pignore, jubere, id illi a possessore restitui. Nunc addam, a Marciano *d. l. 16 §. 4.* hoc plus observari, *Interdum etiam de fructibus arbitrari debere Iudicem.* Quo modo? Marcianus sic ait: *Ut ex quo lis inchoata sit, ex eo tempore etiam fructibus condemnnet.* Tum causatur: *Quid enim si minoris sit prædium, quam debetur; Et deinde: Nam de antecedentibus nihil potest pronunciare; nisi extant, Et res non sufficit.*

Intelleximus, actionem hypothecariam creditori ad acquirendam vel recuperandam pignoris possessionem Prætoris humanitate indulgeri. An possidenti etiam exceptio concedatur, quaris? de hac silet Prætor, cum actionem promittat palam. Sed mihi videtur pro exceptione eadem stare æquitas qua proposita a Prætoris actio est. præterea teneo memoria, quod sub actionis appellatione & alibi exceptio comprehenditur. observavit hoc Ulpianus *l. 28. §. 5. D. Ex quib. caus. major.* similiter in *l. 156. §. 1. D. de reg. jur.* (id est, in interpretatione Edicti de superficiebus: ut ex *l. 1. §. 3. D. de superficiebus*, & Inscriptione utriusque loci intelligitur) dicit, *Cui damus actionem, eidem Et exceptionem competere, multo magis quis dixerit.* Sed quid hæreo? admittit ab Ulpiano in proposito sine scrupulo exceptione in *l. 10. D. de pignorib.* quid, si creditor pignus non alio fine persequitur, quam ut ejus possessioni incumbat, donec debitum ei solvatur, aut pro eo satisfiat? Jam vero, ne sterilis ea res sit debitori, creditor in *l. 23. d. 1.* etiã locat prædia, aut fructus percipit; etsi fortis imputandos *l. 1. Et 2. C. de pign. act.* nisi facta dicatur antichresis, id est, mutui pignoris usus. nam hoc casu fructus in usuras percipit, aut locando, aut ipse percipiendo. Certum hoc, manifesta antichresi *l. 11. §. 1. D. de pignorib.* Imo tacita quoque. Utrumque, sicut res meretur, majore cura ostendi *lib. 2. De fœnore Et usuris c. 9.*

Postquam de actione hypothecaria disputavi: sequitur, ut ne de ejus quidem venditione quidquam indiscussum relinquam: admodum notabili & necessario hoc acquisitæ possessionis exitu, ut creditori tandem liceat, debitore cessante solvere aut satisfacere, pignus vendere, & ex pretio ad suum pervenire. est vero hoc adeo proprium naturæ pignoris: ut Papinianus, negantibus, rem pignori teneri, eam frustra distrahi opinetur *l. 1. §. 1. D. de pignorib.* & e diverso rem ex pacto de ea distrahenda pignori obligatam esse, conjiciat *l. 3. §. ult. D. Qui pot. in pign.* Est autem hoc jus æquissimum Ulpiano visum, pacto inter debitorem & creditorem de vendendo pignore palam interposito vel ab initio vel postea: nulla plane differentia, utrum ipse dominus, an creditor ejus voluntate, pignus vendat & tradat. *l. 4. D. de pign. act.* Verum pone, simpliciter datum esse pignus, & de vendendo nihil conventum. Hic puto, dubitatum fuisse a quibusdam: sed prævaluisse sententiam existimantium, adhuc tum licere creditori distrahere; si modo non convenit, ne liceat. idque indigitari ab Ulpiano *d. l. 4.* cum ait, hoc nos jure uti: id est, post aliquas variationes tandem obtinuisse, ut vendere liceat quasi ex tacito pacto. Quamquam non alias, quam si creditor debitori ante ter denunciavit, ut solvat, & sit cessatum. Ne ambige. ita definit Paulus *lib. 2. Sentent. tit. 5. §. 1.* hisce verbis: *Creditor si simpliciter sibi pignus depositum distrahere velit, ter ante denunciare debitori suo debet, ut pignus luat, ne a se distrahatur.* Hoc Paulus. nec alio consilio putasse videtur Javolenus *l. 73. D. de furt.* alioquin furti teneri eum. Ego ne ad hoc quidem subsistam: idem præterea existimans, si convenit; ne distraharur pignus. nam & tum creditor, si distraxerit, furti obligatur: nisi debitori ante ter denunciaverit, ut solvat, & cessaverit. Siccine? vel huc deventum esse, confitetur *d. l. 4.* Ulpianus, & suffragatur Paulus *d. lib. 2. Sentent. tit. 13. §. 5.* Verba Pauli: *Si inter creditorem Et debitorem convenerit, ut fiduciam sibi vendere, non liceat, non solvente debitore, creditor denunciare ei solemniter* (verissime forte, ingeniosissime certe, in Notis ita restituit Eruditissimus meus Collega & Cognatus, D. Schultingius, *solemniter*, & exponit, *solemniter ter*) *potest, Et distrahere. nec enim ex tali conventionione fiducia actio nasci potest.* Attingit hæc aliquando etiam Ranchinus *V. Cl. lib. 3. Var. lect. c. 14.* Utinam addidisset, & hic & ille, (utile enim erat sciri) cur Ulpianus *d. l. 4.* in sola postrema specie meminerit tri-næ denunciationis, a creditore faciendæ; non æque in præcedente: cum Veteres illam in utraque exegerint palam. Hoc igitur quemadmodum ad certum adducendum sit, cogitent alii. Mea suspicio est, Ulpiano fuisse negotium, alterum extricare casum de quo magis poterat ambigi: alterum in quo minor erat dubitatio, præterire tamquam explicatione minus egentem. expeditior erat tractatus, pignore simpliciter tradito; quam sub eo lege, ne distraheretur. Sed talia etiam alibi observavi *lib. 1. Probabil. c. 5.*

Constituta creditori sic pignoris venditione, non est, quod putemus, debitori ultra permitti, eam sua denunciatione impedire: sive integro adhuc debito: sive cum in debito aliquid, vel modicum, de sorte aut usuris perseveret. habet enim creditor, quamdiu numeratum ei non est integrum debitum, etiam si id pro majore parte consecutus sit, distrahendi pignoris facultatem *l. 2. C. Debit. vendit. pign. imped. non poss. l. 6. C. de distract. pign.* hac clara ratione: quod indivisa est pignoris causa *l. 65. D. de evict.* universis ejus partibus pro integro debito obligatis. Usus vero invenit hæc definitio, non solum vivo debitore, sed mortuo quoque, & pluribus ab eo relictis heredibus: inter quos personalibus actionibus ex Lege Duodecim Tabularum ipso jure divisas, nihilominus pignora, tamquam rem, non personam, sequentia, in solidum manent obnoxia *l. 2. C. Si unus ex plurib. ho-*

rib. hered. cred. & debitor. Huc ferunt se Diocletianus & Maximianus l. 16. C. de distract. pign. Sylvano cuidam sic rescribentes : Unus ex multis debitoris qui pignora tradiderat, heredibus, quod ab eo personali actione peti potuit, solvendo res obligatas distrahendi creditori facultatem non adimit.

Non magis oportet hic sileri : quod creditori facientes jus vendendi pignoris, ejus arbitrio permittimus, pluribus rebus obligatis, quibus distractis malit ad suum pervenire l. 8. D. de distract. pign. habet enim in omnibus jus æquale : nec animadverto, cur iniquum sit, eum potius ex suo, quam ex debitoris, commodum venditionem instituere? placuit tamen Severo & Antonino l. 2. C. de pignorib. si aliquibus specialiter, & universis bonis generaliter obligatis, creditor ex pignoribus nominatim obligatis, pro certo possit universum debitum redigere, jurisdictionem sic temperare; ne illi permittatur ea quæ alius postea ex eisdem bonis pignori acceperit, huic interim auferre.

Cæterum, ut creditoris arbitrio in pignorum venditione relinquamus, quodnam ex pluribus malit venditum : non tamen idcirco eum ab omni formæ observatione liberamus. quin volumus, paratum vendere, de consilio suo debitorem facere certiore, & quidem testato l. 4. C. de distract. pign. etiam agere bona fide : amplius venditionem facere solemniter l. 9. C. d. t. ideoque proscribere pignus d. l. 4. id est, affixis libellis locis celebribus, significare, esse venale, ut reperiat emptores. Morem tangit Cicero Pro Quintio, Seneca lib. 4. De benefic. c. 12. Suetonius Claudio c. 9. eosque interpretati Loensis lib. 9. Miscellan. c. 1. & Salmasius De mod. usur. c. 16. Quid ergo, si venditio facta sit non jure? nulla est : ideoque dominus mansit debitor, habetque rei suæ vindicationem l. 2. C. Si vend. pign. agat. contra, si jure facta sit venditio, quamvis non observatis quæ oportet observari : non idcirco resolvitur venditio. tantum tenetur debitori creditor actione pignoratitia ad id quod interest l. 7. C. de distract. pign. in emptorem vero nulla datur actio : licet vel fuerit doli particeps; præterquam uno in casu : qui casus est, si de bonis condemnati creditoris pecunia non potuerit solvi, & probatum fuerit, emptorem mala fide emisit. tum enim jubebit Præses provinciæ, debitore pecuniam quanti fundus venit cum usuris offerente, fundum cum fructibus ab emptore malæ fidei restitui l. 1. C. Si vend. pign. agat. utili in rem actione l. 4. C. d. t. nescio an ex clausula, Item si quæ alia mihi iusta causa esse videbitur : quæ clausula est Edicti in l. 1. D. Quib. ex caus. major.

Effectus venditi pignoris est : ut dominium in emptorem creditoris traditione transferatur. At enim nemo potest plus juris in alium transferre, quam ipse habet l. 54. D. de reg. jur. in pignore autem creditoris possessionem dicimus; dominium non dicimus. Recte mones : sed Ulpianus l. 46. D. de acquir. rer. domin. non esse novum, inquit; ut qui dominium non habet, alii dominium præbeat. & exemplum petit a creditore : quem agit pignus vendendo præstare causam dominii quam ipse non habuit. Sic ille, quo fundamento? supra dixi, eum vendere ex domini voluntate : nec interesse, utrum ipse vendat dominus, an alius ejus voluntate. Hoc igitur missò, potius, quid inde consequens sit, expediam. Igitur cum dominus sit moderator & arbiter rei suæ, etiam emptorem pignoris talem esse, necesse est. nec est dubium, quin emprum traditumque pignus ei invito auferri nequeat l. 11. D. de reg. jur. neque a debitore ipso, neque a secundo creditore, utcumque solutum pretium offerente l. 3. D. de distract. pign. Et tamen, si venditio facta sit hac lege, ut creditori liceat pecuniam reddere, & pignus recuperare : erit illi jus, legem exequi. nec minus debitori, ab eo directa actione pignoratitia petere, ut quas habeat actiones, sibi cedat l. 7. pr. D. d. t. Quid, si in vendendo pignore convenerit inter creditorem & emptorem, ut liceret

debitori, soluta emptori pecunia, rem suam recipere, ut factum in l. 13. D. de pign. act. vel (ut est in d. l. 7. §. 1.) si soluta a debitore fuerit pecunia, emptio rescindatur? Utrovis modo facta sit pactio, facta est recte; quamvis alioquin nemo alteri paciscendo cavere possit l. 73. §. ult. D. de reg. jur. nam quia interest creditoris, debitori tali pactioe provideri : perinde est, ac si ipse sibi pactus esset. quid si pactioe comprehensum est tempus certum? ait Papinianus d. l. 7. §. 1. pecunia intra tempus soluta, hypothecam a debitore recipi : si vero tempus præterierit, aut si non eo pacto res venierit, non posse rescindi venditionem; nisi debitor sit minor annis viginti quinque, aut pupillus, aut reipublicæ causa abiens, vel in aliqua earum causarum, ex quibus Edicto (de integritate restitutionibus) succurritur. Tenes vim pactioe a creditore factæ. Nondum formam juris qua sustineatur. De ea sic Ulpianus d. l. 13. Scripsit Julianus, & est rescriptum, ob hanc conventionem pignoratitiis actionibus teneri creditorem, ut debitori mandet ex vendito actionem adversus emptorem. Vere hætenus. an æque in sequentibus? Sed & ipse debitor aut vindicare rem poterit, aut in factum actione adversus emptorem agere. Negat Antonius Faber p. 1. De error. Pragmatic. Decad. 22. Error. 9. hanc clausulam Triboniani esse, suspicatus. Ipse non aulam, eam Ulpiano abjudicare : arbitratus, æquitate motum, juris subtilitatem a Juliano adhuc retentam, ex usu sui temporis neglexisse : quasi dominio creditoris pactioe debitori servato, satis rationis sit ad concedendam utilem vindicationem; aut ad admittendam, omiſsa cessione actionis directæ ex vendito, in factum actionem : accedente præsertim utilitate evitandarum ambagum.

Satis de pactioe qua vel creditori vel debitori servetur jus luendi pignoris venditi. Vin', addam, simile aliquando placuisse, quamvis nulla intervenerit hujusmodi pactio? vel hic mos geretur tibi, exempla dat Marcius duo l. 5. §. 1. D. de distract. pign. Si, inquit, secundus creditor vel fidejussor soluta pecunia, pignora susceperint, recte eis offertur, quamvis emptionis titulo ea tenuerunt. Et est ratio utriusque exceptionis non inelegans : quod pecunia ab his, non tam acquirendi dominii, quam juris sui servandi, causa data intelligitur l. 2. l. 6. D. d. t.

Vidimus vim translati dominii : quæ evicti? sic puta : aut rem pignoratam vendidit creditor, aut pignus suum. priore casu sequutus commune jus emptionis & venditionis, emptori tenetur in duplum, exemplo cæterorum venditorum : posteriore vendidit jus quod ex pignore in re habuit : sufficitque illi, hoc emptori cedere; & si possidet pignus, tradere possessionem l. 13. d. t. Nec tamen erit audiendus : deinde volens ejusdem rei quæstionem emptori ex alia causa movere : quia utique debet ei præstare bonam fidem; etsi is qui lege pignoris emit, ob evictionem rei ad venditorem redire nequeat. l. 10. d. t.

Superior cura fuit servandi juris cum emptoris, tum creditoris. sequens debitori debetur : nam nec ille negligendus fuit. igitur vendito pignore, si minus confectum sit, quam solutioni sufficiat; manet creditori ad id quod deest personalis actio l. 9. §. 1. D. de distract. pign. quid si exæquet debitum? liberatus intelligitur debitor. si vero excedat; reddendum ei est superfluum l. ult. §. 4. C. de jur. dom. impetr. per actionem pignoratitiam l. ult. C. de distr. pign. Nimirum, quia æquius est, quod pignoris occasione pervenit, ad debitoris commodum redire, quam lucro creditoris cedere ex aliena l. 12. §. 1. D. eod. At enim venit ex jure pignoris quod creditoris fuit. Erras : venit ex negotiatione de re pignorata, atque ea fuit debitoris. Verum hoc quoque habet exceptionem d. l. ult. C. eod. tit. specialiter placito; ut sive plus, sive minus, redeat ex vendito pignore, creditor eo quod redactum est, contentus sit. De eo fuit quæsitum, an creditor, nondum soluto ab emptore pretio, actione pignoratitia directa a debitore de super-

superfluo conventus, audiendus sit, volens emptorem debitori delegare? Negat Papinianus *l. 42. D. de pign. act.* & sic causatur, *Cum in venditione qua (rite) sit, ex facto suum creditor negotium gerat.*

Hactenus dicta obtinent, pignore a creditore vendito. sed tac, non inveniri emptorem. solum jam restat; ut a Principe jus domini impetretur forma ea quam indicat Justinianus *l. ult. C. de jure domin. impetr.*

Indicavi, quam difficili & molesta asperitate inventa jure civili sit forma pignoris, actionem in rem paritura; & quanta benignitate eam emolliaverit Prætor. Quid deinde infecutum sit, omittere me non finit elegantia materię. Igitur cum Prætor intra conventionem retinisset modum constituendi pignoris sive hypothecę, & consequenter vim ac potestatem actionis hypothecarię: postea est illi addita legis providentia; quodque ea inducitur pignus, inde tacitum & legitimum appellatur. cœpit vero ejus initium a fictione taciti pacti: servatura reverentiam Edicti Prætoris, pro fundamento actionis hypothecarię conventionem creditoris cum eo cujus in bonis res est, desiderantis. placuit hæc imago moribus inductis & illatis a conductore in prædium urbanum, nescio, an approbata Principis Rescripto. Mitto Paulum *l. 4. D. de pact.* ita Neratius *l. 4. D. In quib. caus. pign. vel hypothec. tac.* *Eo jure utimur, ut que in prædia urbana inducta illata sunt, pignori esse credantur, quasi id tacite convenerit. in rusticis prædiis contra observatur.* Pomponius *l. 7. d. t.* hoc plus addit: *In prædiis rusticis fructus, qui ibi nascuntur, tacite intelliguntur pignori esse domino fundi locati, etiam si nominatim id non convenerit.* Sed de his ex professo egi *lib. sup. Ad Edict. Prætor. De pact. & transact. c. 2.*

Ab hoc initio profectum pignus legitimum, deinde liberiores invenit viam in compluribus casibus: prorsus, ut non egeret colore tacite conventionis; sed Principis Constitutione aut Senatusconsulto subnixum, quasi ex privilegio actionem hypothecariam sine fictione conventionis palam acciperet. Fuit hoc sic tractandum: ut intelligeretur notabilis juris progressus, a Justiniano traditus *l. 1. C. Commun. de legat.* licet simul ibi videre, si lubet, illi placuisse, legatariis & fideicommissariis non modo tacitam concedere hypothecam in bonis defuncti testatoris pro securitate legati aut fideicommissi: sed eum in finem etiam actionem hypothecariam adversus eorum possessores. Similem prærogativam idem Imperator *l. 1. §. 1. C. de rei uxoris act.* indulgit in securitatem dotis: volens, mulieri eo nomine tacite esse obligata mariti bono; & vice versa, bona uxoris marito. Præter hæc docet Papinianus *l. 1. D. In quib. caus. pign. vel hypoth. tacit.* Senatusconsulto quod sub Marco Imperatore factum, insulę, id est, domus, pignus esse datum creditori qui ob restitutionem ædificii extruendi mutuum dedit pecuniam. amplius voluit D. Marcus, hujusmodi creditorem, præter jus tacite hypothecę in ea insula, habere privilegium exigendi ante reliquos creditores *l. 25. D. de reb. cred.* Insuper observat Papinianus, utrumque ad eum pertinere quoque qui redemptori, id est, ei qui domum restituendam conduxit, nummos mandante domino ministravit. alterum intelligitur ex *d. l. 1.* alterum ex *l. 24. D. de reb. auct. judic. possid. §. l. 52. §. 10. D. Pro socio.* Huic tacito pignori causam præbuit Veterum diligentia; ne ruinis ad spectus urbis deformatur: sicut ob eam inventa etiam sunt jura alia singularia ad consequentiam minime trahenda. *l. 14. §. 15. D. de legib.* Igitur cum in proposito jus tacite hypothecę Senatus nominatim det ob pecuniam creditam ad restitutionem exusti aut collapsi ædificii, putemus, eum non dedisse hoc ob pecuniam creditam ad ædificationem domus novę quę ante non fuerit. Nec magis ad navem emendam, armandam, aut reficiendam, aliave similia: quia de talibus locutus non fuit Senatus: & jus tacite hypothecę non competit causis ea hypo-

theca dignis: sed quibus ejusmodi jus aliqua lege datum sit. id vero est facti, eoque Veterum auctoritate tantum, non etiam ratiocinatione demonstrandum. Sit ita. at Ulpianus in *l. 5. §. seqq. D. Qui potior. in pign.* Si, inquit, navis sit pignori obligata, & ad eam armandam vel reficiendam ego credidero, etsi sim posterior tempore, tamen quia mea pecunia salvam feci totius pignoris causam, priore potior ero. si vere ille: quomodo negamus, eum qui in pignore potior est, habere jus taciti pignoris? Scio, hoc esse molestum multis. sed absit, ut putetur, eo in casu me qui pecuniam credidi in armandam aut reficiendam navem, ex lege tacitam accepisse hypothecam; meque in ea, licet tempore posterior sim, jure potiorum esse. contra dicamus, si navis fuit obligata, & cum ad armandam eam vel reficiendam credidi pecuniam, simul pactus sum, ut ea mihi pignori sit: tum etsi posterior sim tempore, adhuc jure esse potiorum: quia mea pecunia salvam feci totius pignoris causam. Istæ res est: facitque huic conjecturæ, quod *d. l. 5. cum seqq.* est posita sub Titulo, *Qui potiores in pignore:* in quo non quæritur, quibus modis pignus constituitur: sed quis sit constituti pignoris effectus. Accedit, quod pecunia ad emendam domum aliis obligatam credita, is qui credidit, etsi tempore sit posterior, consimilem habet juris prærogativam, sed non alias, quam si de pignore statim convenit: sic enim Julianus cuidam rescripserunt Diocletianus & Maximianus *l. 7. C. d. t.* quid ni igitur de nave idem dicamus? sed hoc clarum est in *Novell. 97. c. 3.*

Vidimus, pignus a lege favore causę vel sine colore conventionis constitui. addamus, ea induci quoque beneficio fisci: qui semper habet jus pignoris *l. 46. §. 3. D. de jur. fisc.* ubi? ex causa tributorum *l. 1. C. In quib. caus. pign. tacite*, aut contractus sui *l. 2. C. d. t.* ejusve in cujus locum successit *l. 6. D. de jure fisci.* non item ex causa pœnali: ut in *d. §. 3. l. 46.* annotavit Accursius ex *l. 37. d. t.* Ipse non dubito, quin secundum hoc debeat accipi quod in *l. 10. D. de pactis* Ulpianus dicit, esse casus in quibus fisco non habet jus hypothecę. Illud singulare in primipili debito, quod non modo primipili bona ex ejus contractu fisco tacite sunt obligata: sed etiam dos uxoris, ubi exhaustis universis mariti ac nominatorum facultatibus, unde fisco satisfiat, non reperitur. *l. 4. C. In quib. caus. fisc. tacit.* Durum hoc, non nego: sed visum, utilitatem publicam ponere ante privatam *l. 3. C. de primipilo lib. 12. tit. 63.* Erat primipilus (ut notum ex Vegetio *lib. 2. De re milit. c. 8.*) primus in legione centurio. præerat is militari annonæ militibus suo tempore distribuendę. ob ejusque moram defectumve militum fidem solvi, erat reipublicę periculosum. quare & bona liberorum primipili, etsi patri non sint heredes, fisco obligata sunt *l. 4. C. d. t.* Est igitur fisco, ejus contemplatione, sine colore conventionis, datum privilegium taciti pignoris. Addo: pupillis quoque & minoribus in bonis tutorum & curatorum pro officio administrationis *l. 20. C. de admin. tut.* humanitate justissime pro his vigilante qui se tueri nequeunt. Datum autem hoc jus illis non in bonis aliorum quibuscum illi contraxerint: sed, ut dictum, in bonis tutorum & curatorum pro securitate administrationis. idemque placuit in re empta ex pecunia pupillari: nam vel hæc pupillo tacite obligata est Constitutione Severi & Antonini *l. 3. D. de reb. eor. qui sub tutel.* Inde, si tutor servos emerit pecunia pupilli, & manumiserit, non sunt liberi, pupillo jure pignoris obligati *l. 6. C. De serv. pign. dat. manum.* sed hoc, ut est singulare in pupillo, ad alios non pertinet *l. 17. C. de pignorib.*

Reliquum est ex historia inventę actionis hypothecarię, ut de ratione ac progressu pignoris testamentarii, & Prætorii agam. de utroque sic scribit Ulpianus *l. 26. D. de pign. act.* *Non est mirum, si ex quacumque causa Magistratus in possessionem aliquem miserit, pignus constitui: cum testamento quoque pignus constitui posse, Imperator noster cum patre sapif-*

sapissime rescriptit. Ulpiani sententia est, pignus testamento constitui: videlicet, quia Lex Duodecim Tabularum jubet, uti paterfamilias legasset super pecunia sua, ita jus esse: non abs re illi visum, si testator in re sua legaret pignus, ejus voluntate id tamquam Lege induci: non alio tamen effectu, quam ut legatarius, possidens rem a testatore obligatam, heredem eam vindicantem, possit repellere exceptione doli mali: & si non possideat, possit adversus eum experiri actione ex testamento, ut sibi pignus vel traditione vel conventionem secundum voluntatem testatoris constituatur. Sed quemadmodum hoc in personali actione est expeditum: ita in reali non est. nam quod ad rei vindicationem attinet: ea qui agit legatarius? qui ut possit dicere, rem a testatore sibi pignori hypothecae esse obligatam, non idcirco potest dicere, suam esse. non igitur habet vindicationem rei cujus non habet dominium. Jam actionem hypothecariam Praetor soli pollicetur illi qui potest dicere, se de pignore convenisse cum eo cujus in bonis erat. id vero non potest dicere is cui legatum a testatore pignus sit. non igitur comperit ei ex Edicto actio hypothecaria: nec hanc inde potest ei dare privatus Magistratus, legibus alligatus. Sed quod non licuit Magistratui, id licuit Severo & Antonino qui erant legibus soluti. illi vero arbitrati sunt, id quod res est, constituto per legatum pignore sive hypotheca Lege Duodecim Tabularum, non esse iniquum, ex eo indulgere actionem hypothecariam, quamvis resistente Edicti subtilitate, ad hanc producendam desiderantis ejus cujus in bonis res sit, conventionem. Huc mihi persuadeo Justinianum l. 1. C. Commun. de legat. ubi causatus, cur legatariis & fideicommissariis, praeter actionem personalem, & in rem, insuper in res mortui utilem Servianam, id est, hypothecariam, super his quae fuerint derelicta, praestet; ait inter alia, quod jam hoc jure nostro increbuit, licere testatori hypothecam rerum suarum in testamento quibus voluerit dare. Ait, jam increbuit, opinor, moribus, atque ex benignitate Imp. Severi & Antonini quos Ulpianus d. l. 26. testatur ita rescriptisse, & sapissime.

Quemadmodum tenuit consuetudo, ut valeret hypotheca testamento legata, ita non videtur Ulpiano d. l. 26. D. de pign. act. esse mirum, pignus constitui; si ex quacumque causa Magistratus aliquem miserit in possessionem: modo fuerit jussu Magistratus in eam ventum §. 1. d. l. nempe, quia finis hujus pignoris consistebat intra possessionem, id est, detentionem custodiae causa l. 3. §. ult. D. de adq. poss. poterat hanc adeptus, si a domino conveniretur rei vindicatione, se adversus eam exceptione tueri: & si non venit in possessionem, aut postquam venit, eam amisit, non habebat actionem hypothecariam, ex sola conventionem a Praetore propositam. Hoc obtinuit usque ad Imp. Justinianum: qui pro sua humanitate primus inclinata Edicti subtilitate ad recuperationem possessionis sive culpa, sive sine culpa amissae, exemplo pignoris conventionalis, actionem hypothecariam Praetorio pignori accommodavit l. 2. C. de Praetor. pign.

Dixi, quantum satis, quid juris sit, re uni obligata. porro dicam, ea pluribus obnoxia, quid obtineat. Refert autem hic; utrum cum illis sit de pignore eodem conventum tempore, an diversis. audiamus. si res pluribus simul obligata sit: eo casu est vel singulis obligata in solidum, vel singulis pro parte, vel omnibus simpliciter. primum, si convenit, ut pignus singulis in solidum teneatur; singuli actione Serviana in solidum quidem utentur adversus extraneos: inter ipsos autem si moveatur quaestio, tamquam in pari causa, melior erit possidentis conditio; data ei exceptione, Si non convenit, ut res mihi quoque pignori esset. secunda observatio est, quod si actum est, ut res pluribus esset pignori pro certis partibus obligata: tum singuli quasi Serviana actione & inter ipsos & adversus extraneos dimidiam partem possessionis apprehendent l. 10. D. de pignorib. postrema

inspectio erit, quid placeat, si pignus pluribus simpliciter sit eodem tempore obligatum? puto autem, tum agent singuli tantum pro portione debiti, non ulterius l. 16. §. 4. D. de pign. Haec: si pignus pluribus sit eodem tempore obligatum. Quod si diversis temporibus fuerit constitutum? jam is praevalet jure, qui prior est tempore l. 2. l. 4. C. Qui pot. in pign. Qua causa? hac iustissima: quod debitor, re sua mihi obligata, quidquid juris in eam habuit, in me transtulit. ipse omne amisit. nullum adversus me retinuit. porro jus meum mihi auferre sine facto meo an potest ullo colore? non potest l. 11. D. de reg. jur. igitur neque vendentem, neque donantem, neque legantem, neque fideicommissum relinquentem, deteriore facere meam conditionem, est certissimum l. 15. C. de pignorib. & qui poterit posteriore pignore? Sed apparet, in pignore conventionali priorem tempore esse jure potiore l. 11. D. Qui pot. in pign. Nec distingui suadeam, qualis creditor sit, privatus, civitas, aut fiscus l. 2. D. Qui pot. in pign. In genere quoque pignoris nihil interest. adeo quod de conventionali dixi, id etiam in legitimo & Praetorio servatur l. 2. §. 4. C. & l. 10. D. Qui pot. in pign. l. 3. C. Ut in poss. leg. Non magis refert; utrum sit speciale pignus, an generale. adeo cui obligata prius sunt omnia bona, is ei cui obligata postea est una species, etiam in ipsa illa specie praefertur: quamvis ex bonis ceteris possit pecuniam suam redigere l. 2. D. & l. 6. C. Qui pot. in pign. Nisi forte quid alicui prius specialiter, & praeterea omnia bona generaliter obligata sint; nam tum voluere Imp. Severus & Antoninus jurisdictionem sic temperari: ut si certum sit, creditorem posse ex his quae ei nominatum pignori tenentur, universum redigere debitum; ea quae alius postea ex eisdem bonis pignori acceperit, interim illi auferri, Praeses non sinat. Sed hoc in antecessum tradidi ex l. 2. C. de pign.

Nunc videndum, quid placeat observari: si obligatis alicui omnibus bonis & praesentibus & futuris, deinde alii similiter obligentur omnia bona & praesentia & futura. Et quidem nemo dubitat; quin prior creditor posteriori in bonis praesentibus praefatur: quia in his eum praevenit tempore. sed de futuris potest dubitari: eo quod praesentia ei sunt pure oblata: futura demum sub conditione, si acquirantur: ea porro conditio quia utrique in futuris eodem existit tempore: ideo neuter potest in futuris alteri tempore prior dici. contra adfertur, quod est proprium conditionis, ubi extitit, retrahi ad tempus conventionis. itaque melius esse visum, priorem creditorem tam in futuris, postquam acquisita sint, praeferi, quam in praesentibus. licet id colligere ex l. 11. §. 1. D. Qui pot. in pign. sed malo, rebus demonstrare ex l. ult. D. eod. tit. Species talis: Titius Seja ob summam ad quam ei ex causa tutelae erat damnatus, obligavit omnia bona praesentia & futura. idem Titius postea mutuatus a fisco pecuniam, ei similiter obligavit omnia bona praesentia & futura. tum intulit Seja, id est, solvit Seja, partem debiti. & reliquam summam, novatione facta, ei promisit, reperita in novando conventionem de pignore. quo casu pignus manet in suo loco; cum alioquin novatione voluntaria extingueretur l. 12. §. 5. D. d. t. quaesitum fuit, an Seja fisco praefatur etiam in his, quae Titius post priorem obligationem adquisivit? Scavola respondit, nihil proponi, cur non sit praefenda. Apparet igitur, priorem creditorem in generali pignore omnium bonorum posteriori cui similiter omnia bona sunt obligata, tam in futuris, quam in praesentibus praeferi: nec ad rem pertinere quis sit tempore prior, privatus, an fiscus. At enim Ulpianus l. 28. D. de jure fisci in re postea quaesita fiscum privato praefert: sic scribens: Si, qui mihi obligaverat quae habet habiturusque esset, cum fisco contraxerit: sciendum est, in re postea quaesita fiscum potiore esse debere, Papinianum respondisse: quod & constitutum est. praevenit enim causam pignoris fiscus. Sed salva res erit: si putemus, ab Ul-

ab Ulpiano tractari casum in quo is : qui mihi obligavit quæ habet habiturusque esset , cum fisco ante contraxerit. fateor : ambiguum est verbum , *contraxerit* ; tam futurum , quam præteritum , tempus designans. sed si in futuro hic accipiat ; pugna est manifesta Scævola & Ulpiani : si in præterito ; nulla est. Igitur , ut evitetur pugna , rationis est , verbum illud , *contraxerit* , potius in præterito , quam in futuro exaudire. accedit , quod sic fit optimus & simplicissimus Ulpiani sensus : Si quis postquam cum fisco contraxit , deinde mecum contrahens , mihi obligavit quæ habet , habiturusve esset : sciendum est , in re postea quæ sita fisco potior esse debere. quæso , quam ob rem ? hanc justam : *Prævenit enim pignoris causam fisco*. Sic præfatur Ulpianus : & significat , quod fisco est jure potior ; quia est tempore prior. postremo ait Ulpianus , *ita constitutum esse*. a quo ? ab Antonino Caracalla in *l. 2. C. de privilegio fisci* ; cuius hæc sunt verba : *Quamvis ex causa dotis vir quondam tuus tibi sit condemnatus : tamen si priusquam res ejus tibi obligarentur , cum fisco contraxit : ius fisci causam tuam prævenit. quod si post bonorum (ejus) obligationem rationibus meis cepit esse obligatus : in ejus bona cessat privilegium fisci*. Tenor hujus Rescripti evincit procul dubio , ad hoc intendisse Ulpianum : sed in primis facit illud , *ius fisci causam tuam prævenit*. quæ sunt Ulpiani verba ex hoc Rescripto perita.

Huc usque priori creditori profui diligentia explanationis. deinceps posteriori consulam. nam cum priorem posteriori præfero ; non intendo , ob id nullum esse jus sequentis. tantum nolo , secundo adversus primum , & qui ab eo emit , suum jus exercere : de cætero eum adversus omnes alios integro suo jure uti , non recusor *l. 12. pr. & §. 7. D. Qui pot. in pign.* plus addo , licere ei , si volet , priorem creditorem sua pecunia dimittere : eoque jus suum confirmare , & in illius locum ipso jure succedere : quamvis de eo nihil convenerit. Huc me ducit sequens Severi & Antonini Rescriptum ad Secundum *l. 1. C. d. t. Qui pignus secundo loco accepit , ita ius suum confirmare potest , si priori creditori debitam pecuniam solverit ; aut cum obtulisset , isque accipere nolisset , eam obsignavit , & deposuit , nec in usus suos convertit*. Sic illi : eosque sequutus Alexander *l. 5. C. eod. tit.* Marcianus quoque *d. l. 12. §. 6.* hoc in tantum probat : ut præ se ferat , soluta a posteriore creditore pecunia priori debita , rem priori , etiam invito debitore , teneri tam in suum , quam in primi creditoris debitum , & in usuras suas , & quas priori solvit. saltem excipit usuras usurarum priori solutarum : has enim negat eum consequi : præfatus , magis suum , quam alterius , negotium gessisse : æquissima ratione quam *l. 2. De fœnor. & usur. c. 11.* dedi , & elegante ornavi fabula Æsopia quæ est apud Phædrum *lib. 1. fab. 3.* Sed redeo ad *d. l. 1.* ex qua modo attuli Rescriptum Severi & Antonini. nec mihi tempero , ne annotem , ipsos hos Imperatores in *l. 1. C. de his qui in prior. credit. loc.* cum meminerunt Constitutionis , hoc Rescriptum eo nomine indigitare. fuerit utile id observari : quia sic intelligitur , eos nolle superius Rescriptum indistincte exaudiri de omni illo cujus pecunia dimissus sit prior creditor. quin velle , id restringi intra secundum creditorem pignoratitium : priore ejus pecunia dimisso. Et vere : nam nominatim loquitur de eo qui pignus secundo loco accepit. proinde volunt hunc solum , si priorem creditorem sua pecunia dimiserit , in ejus locum ipso jure sine speciali pacto succedere : sed hoc in aliis non servari ; nisi specialiter pacti sint : ut idem pignus eis obligetur , & ipsi in locum ejus succedant. quod si neglexerint : habebunt quidem personalem actionem vel ex mutuo , vel negotiorum gestorum , adversus debitorem. verum actionem hypothecariam in res ejus non habebunt. Nec tamen eis (ut ex *l. 10. §. 1. & l. 16. D. de his quæ in fraud. cred. constar*) denegabitur actio Pauliana. præterea succedunt in

privilegium quod inter personales creditores habuerit qui eorum pecunia sit dimissus *l. 24. §. 3. D. de reb. auct. judic. possid. l. 2. D. de cession. bon.* tantum in ejus hypothecam non succedunt. eoque sensu fas est intelligi quod in *d. l. 1. C. de his qui in prior. credit. loc.* Severus & Antoninus sic scribunt : *Non omnino succedunt in locum hypothecarii creditoris hi quorum pecunia ad creditorem transit.*

Ut ex una quæstione nasci solet alia quæstio : ita proxime demonstrato , creditorem tempore priorem , posteriore in pignore haberi potior : merito roges , quisnam ut jure potior sit , tempore prior esse intelligatur. Non utar longa deliberatione : nam cum sit in anterioribus probatum , a Prætoribus , ut pignus sit , duo desiderari : primum , ut aliquid sit debitum : deinde , ut pro eo sit aliquid obligatum ab eo cujus in bonis erat : in promptu responsio est , tempore priorem censeretur , non qui pecuniam prior credidit , aut hypothecam prior accepit : sed qui utrumque prius fecit. Hoc ultro certum. sed quid vetat , firmiter peti a Gajo *l. 11. D. Qui potior. in pign.* cum præsertim addat , ita esse , quamvis debitor ante cum alio convenerat ; ut si ab eo pecuniam accepit , sit res obligata ; licet ab hoc postea accepit : & causatur ; poterat enim , licet ante convenit , non accipere ab eo pecuniam. Simili ratione sic e diverso scribit Marcianus *l. 12. §. 2. D. d. t.* Si primus qui sine hypotheca credidit , post secundum qui utrumque fecit , ipse hypothecam accepit , sine dubio posterior in hypotheca est. Eadem ratione ibidem subjicit in §. 3. Si idem bis , id est , ante secundum & post eum crediderit , in priore pecunia potior est secundo , in posteriore tertius est. Sunt hæc evidentia : si & pure sit debitum , & de hypotheca pure conventum. Sed cum æque possit in diem & sub conditione deberi ; similiterque possit hypotheca in diem & sub conditione obligari , non inutile erit , vel de utroque dispici. Sed huc deventum est : ut putetur interesse , debito aut pignore sub conditione constituto , possint conditio , invito debitore impleri ; an ab eo pendeat , utrum impleri eam velit , an non. priore casu placet , conditionem quidem actum ab initio suspendere , sed impletam deinde retrahi ad tempus conventionis ; eoque fieri , ut sit perinde , ac si obligatio pure contracta esset *l. 11. §. 1. D. Qui potior. in pign.* hoc igitur casu qui sub conditione credidit , aut hypothecam accepit , existente conditione , prior est eo qui postea pure credidit , aut pure hypothecam accepit *l. 9. §. 1. D. eod. tit.* Posteriore casu placuit , conditionem quantumvis existentem , non retrahi ad tempus initæ conventionis : neque jam perinde accipi rem , quasi aut debitum aut pignus initio esset pure contractum ; atque adeo qui deinde pure credidit , & pure accepit hypothecam , quamquam tempore posterior crediderit , pignusve acceperit , adhuc haberi jure potior : eo quod pendente ab arbitrio debitoris , utrum aut debitum aut hypotheca esset , res fuit voluntatis , necessitatis non fuit : cum obligationis sit , invitos tenere *l. 5. C. de oblig. & act. pr. Inst. de obligat.* Simile est ; sit sit debitum in diem , aut de hypotheca in diem conventum. nam & tum distinguitur , utrum pignus debitoris arbitrio possit solvi , an non possit *l. 9. D. eod.*

Summa igitur dictorum est , priorem tempore in omni pignore esse jure potior. Silere tamen non debeo , quod Ulpianus in *l. 5. D. Qui potior. in pign.* eam sine temperamento esse , non finit : opportune monens , posteriorem creditorem interdum priore potior esse : idque ubi evenit , legum privilegio deberi , idoneus auctor est Justinianus *Novell. 97. c. 3.* Ita sunt creditores qui tantum habent hypothecam ; in iisque servatur , quam posui regula : alii præter hypothecam , etiam habent privilegium ; in iisque 2 regula , propter hoc , receditur. exemplum Ulpiano in *d. l. 5.* si in conservandam rem oppignoratam impensum est quod sequens credidit : veluti si navis fuit obligata , & ad armandam eam , vel reficien-

dam ego deinde credidero. quia ratione ? hac optima in *l. 6. pr. §. 1. 2. & l. 7.* mox subiecta, quod mea pecunia salvam feci totius pignoris causam. additur, quod quis poterit hoc admittere etiam, si in cibaria naufragum fuerit creditum : pari ratione, quod sine his navis salva pervenire non poterat. Item, si quis in merces sibi obligatas crediderit, vel ut salva fiant, vel ut nautum exsolvatur. nam & sic erit huius hypotheca potentior, licet posterior sit ; atque hic pro ratione addit, quod & ipsum nautum potentius est. Tantundem dicitur, inquit, & si merces horreorum vel aræ vel vecturæ jumentorum debetur. nam & hæc potentior erit. Idemque est, si res ex nummis pupilli fuerit comparata. Adhuc subijciam, esse mulieribus dotem repetentibus a Justiniano datum in *l. 12. C. Qui potior. in pign.* privilegium, ut præferantur aliis creditoribus, non personalibus tantum, sed etiam anteriorem hypothecam habentibus, propter rationes ibidem ab eo enumeratas. una exceptio in novercis : adversus quas ille Imperator liberis prioris matrimonii idem privilegium dat pro dote matris.

Explicitis plerisque usum actionis hypothecariæ secundum Edicti formam exhibituris : erit jam tempus, cogitare de causis quibus illa actio a Prætoris denegatur. Principio puto, hypothecam, sicut nudo pacto facta Edicti æquitate confirmatur, ita contrario nudo pacto simili æquitate ipso jure tolli. maxime si pactum sit, Ne pignus sit, vel Ne pignus petatur. quid, si pactum sit, Ne debitum petatur, aut similiter ? hic variatum fuit a Veteribus ; aliis hypothecam ipso jure, aliis per exceptionem, tolli malentibus. ut tamen alibi aliquando, ita hic placuit tandem, utramque sententiam recipere. Ad hunc articulum complura repperi Veterum loca intricatissima : nec recusarem in præsentem expeditionem, nisi omnibus tulissem opem *lib. sing. Ad Edict. De pact. & transact. c. 13. & ante lib. 2. Probabil. c. 8. item lib. 4. c. 10. & 11.* Sit igitur modus primus tollendæ hypothecæ ejus remissio cum directa, tum obliqua, a creditore facta.

Alter contingit, finito jure ejus a quo constituta

sit hypotheca. fac : aliquis rem in bonis habet non in solidum : sed ad certum dumtaxat finem. is potest eam obligare intra finem consistens ; ultra non potest : quia ultra non est in ejus bonis. Exemplum in emphyteusi elegans in *l. 31. D. de pignoribus* proponit Scævola : & est tale. Titius a domino habens fundum vectigalem, sive emphyteuticarium, cum Sempronio obligavit pro debito. quid est pignori ? non fundus : sed emphyteusis. nam fundus est domini, non Titii. valet igitur pignus emphyteuticæ : quamdiu est in Titii bonis : quia Titius hætenus in ea habet jus obligationis : ultra non habet. est porro emphyteusis Titii, quamdiu domino vel ab ipso Titio, vel ejus nomine a creditore, secundum legem solvitur vectigal : id est, annuus canon. igitur tamdiu etiam durat pignus ab eo constitutum : verum si in ea exsolutione sit cessatum ab utroque ; licet domino jure suo uti, id est, dominium suum vindicare a fundi possessore, sive is sit Titius, quia jure suo excidit, sive sit creditor, quia finito jure constituentis pignus, etiam pignoris jus evanuit.

Tertia causa inhibendæ actionis hypothecariæ est, si soluta creditori erit pecunia debita, aut ei pro illa erit satisfactum. Hanc causam in Edicto expressi supra : & recte. cum enim pignoris obligatio fiat in securitatem debiti ; justa est ejus vindicatio, quamdiu necessaria creditori pro debito est securitas. at hæc creditori, facta debiti solutione, aut satisfactione pro eo sit supervacua. erit igitur ei sic quoque supervacua ejus vindicatio. nec male Prætor eam se tum creditori non daturum proficitur. imo recte inter debitorem & creditorem pollicetur actionem pignoratitiam directam & contrariam : & quidem proprio Edicto de quo egi *tit. ult. lib. xiiii.* addam : quod ibi etiam quæ de solutione & satisfactione hic adferri potuerunt, latius executus fui.

Postremo inhibetur a Prætoris actio hypothecaria ; si per creditorem steterit, quo minus ei debitum solvatur, aut pro eo satisfiat. huc articulum in Edicti forma attingi ex *l. 19. C. de usuris*, & pluribus sum interpretatus *d. tit. ult. lib. xiiii. p. 223. col. 1.*

LIBER VIGESIMVS PRIMVS.

TITVLVS I.

De Edictio Edicto, & redhibitione & quanti minoris.



NON longe petam rationem connectendi cum superibus Tituli, De Edictio edicto, & redhibitione, & quanti minoris. est ea adducta a Justiniano *l. omnem §. 4. De concept. Digest.* nec aliam desideres. Quod vero attinet ad nomen Edicti & redhibitione & quanti minoris : intelligitur ex *§. 7. Inst. De jur. natur.* Ediles curules proposuisse Edictum de quibusdam causis, sine dubio ad eorum jurisdictionem pertinentibus. habebant autem curam multiplicem : inter cætera rerum in foro venalium, & viarum publicarum. De his igitur propositum ab eis est Edictum : cujus sub hoc Titulo tria sunt capita. primum quod est de mancipiis morbosus aut vitiosis, extat in *l. 1. §. 1. h. t.* sed non integrum : desunt enim multa, forte ad hunc modum supplenda.

Qui mancipia vendunt, certiores faciant emptores, quid morbi vitæve cuique sit, quis fugitivus errove sit, noxave solutus non sit, eademque omnia, cum ea mancipia venibunt, palam recte pronunciant. Quod si mancipium adversus ea venisset, sive adversus quod

dictum promissumve fuerit, cum veniret, fuisset : quod ejus præstari oportere dicetur, emptori omnibusque ad quos ea res pertinet, in eum qui vendidit, cujusve maxime pars in ea venditione fuit, in sex mensibus quibus experiundi potestas erit, judicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur. Si quid autem post venditionem traditionemque deterius emptoris opera, famulæ, procuratorisve ejus factum erit : sive quid ex eo post venditionem natum, acquisitum fuerit : & si quid aliud in venditione ei accesserit, sive quid ex ea re fructus pervenerit ad emptorem, ut ea omnia restituat. Quod si præstata ea sint, & quanta pecunia pro eo homine soluta, accessionisve nomine data erit, arbitrio Judicis non reddetur, cujusve pecuniæ quis eo nomine obligatus erit, non liberabitur, tantæ pecuniæ, cæterarumque rerum venditor ei in duplum ut condemnetur. Item si quas accessiones ipse præstiterit, ut recipiat. Item, si quod mancipium capitalem fraudem admiserit, mortis consciscenda sibi causa quid fecerit, inve harenam depugnandi causa ad bestias intromissus fuerit, ea omnia in venditione pronunciant. Item nationem cujusque pronunciant. Item præcipimus, ne veterator pro novitio veniat. Ex his enim

causis iudicium dabimus. Item in huius causis mancipium non esse, & habere licere emptori, si postulabit, in duplum cavento. Si contra factum erit, intra duos menses, ut redhibeatur, vel quanti emptoris interfit, intra sex menses, iudicium dabimus. Item si quid ita venerit, ut nisi placuerit, redhibeatur, intra sexaginta dies, non ultra, nisi causa cognita iudicium dabimus. Item omnium rerum nomine quæ supra scriptæ sunt, quanto minoris, cum venirent fuerint, intra annum iudicium dabimus. *Hoc amplius, si quis adversus ea sciens dolo malo vendidisse dicetur, iudicium dabimus.* De mancipio quod ei rei accessit quæ minoris esset, iudicium non dabimus.

Causa proponendi huius Edicti fuit hæc optima: quod in emptione venditione ad juvandam hominum indigentiam permutatione merces & pecuniæ jure gentium inventa, inter emptorem & venditorem servanda circa virtutes & vitia rei venditæ erat æqualitas intellectus: sine qua vera quæri æstimatio non potest. Vidit hoc Cicero *lib. 3. De offic.* nam agens hac de re, *Esse, inquit, secundum naturam, neminem id agere, ut ex alterius prædetur inscitia.* Et Ciceroni convenienter Valerius Maximus *lib. 8. c. 2. §. 1.* Verba ejus: *Bona frugum venditorem, nec commodorum speciem augere, nec incommodorum cognitionem obscurare oportere.* Plenissime autem Ulpianus *l. 1. §. 2. h. t.* *Causa, inquit, Edicti proponendi est, ut occurratur fallacis vendentium, & emptoribus succurratur, quicumque decepti a venditoribus fuerint: dummodo sciamus, venditorem, etiam si ignoravit ea quæ Ediles præstari jubent, tamen teneri debere. Nec est hoc iniquum, potuit enim ea nota habere venditor: neque enim interest emptoris, cur fallatur, ignorantia venditoris, an fallacia.* Satis de Edicti commendatione. transeo ad explicationem.

Ajunt Ediles, *Qui mancipia vendunt, certiores faciant emptores, quid morbi vitæ cuique sit, quis fugitivus error sit, noxæ solutus non sit, eademque omnia, cum ea mancipia veniunt, palam recte pronunciant.* Hæc Edicti pars apud A. Gellium *lib. 4. Noct. Attic. c. 2.* cura V. Cl. Jacobi Gronovii editur sequente forma: *Titulus scriptorum singulorum, uti scriptus sit, cærato, ita uti intelligi recte possit, quid morbi, vitæ, ve, quor. q. sit.* Licebit vero, non resistentibus Doctissimis Viris, Durantio Casellio *lib. 1. Var. c. 10.* & Gulielmo Ranchino *lib. 1. Var. lect. c. 4.* ita integrare Edictum: *Qui mancipia vendunt, titulus scriptorum singulorum uti scriptus sit, cærato, ita uti intelligi recte possit, quid vitæ morbi vitæ cuique sit.* Nec silebo, quod est præterea ab illis annotatum, Titulum quem vocant Ediles, solitum de servi, qui vendendis offerebatur, collo suspendi, ejus virtutes & vitia emptori significaturum: morisque huius meminisse Propertium *lib. 4. Eleg. 5.* Senecam *Epist. 47.* Sueronium *De Claris Grammaticis c. 4.* Tenes veteris Edicti formam: sed postea mutatam (a quo incertum) in hunc quem tantum quod adscripsi modum.

Illud primum fuit observandum. alterum est, quod Ediles hoc capite sunt locuti de mancipiis, sequente de jumentis: alias res in medio reliquerunt. cæterum Jurisconsulti, arrepta occasione articuli Edicto expressi, ejus æquitatem ad omnes alias porrexerunt, quasi ex mente Edilium. Ejus extensionis *lib. 1. Ad Edictum Edilium Curulium* meminit Ulpianus *l. 63. h. t.* nec est improbabile, præeunte Inscriptione *l. 13. D. de legibus*, quæ similiter est ex ejus *lib. 1. Ad Edictum Edilium Curulium*, pro firmanda hac Edicti interpretatione aptari voluisse sequentia verba: *Nam, ut ait Pedius, quotiens Lege aliquid unum vel alterum introductum est, bona occasio est, cetera quæ tendunt ad eandem utilitatem vel interpretatione vel certe jurisdictione suppleri.* Ita prorsus est; Ediles tantum edixerunt de mancipiis & jumentis: sed interpretatione Jurisconsultorum extensa est eorum sententia, & quidem (quod observo ex *l. 1. h. t.* quæ etiam est ex Ulpiani *lib. 1. Ad Edictum Edilium Curulium*) primum ad res mobiles; ac sese moventes, verbi

gratia, reliqua pecora *l. 38. §. 5. h. t.* mox etiam ad res soli, id est, immobiles. Verba Ulpiani *l. 1.* hæc sunt: *Labeo scribit, Edictum Edilium de venditionibus rerum esse tam earum quæ soli sint, quam (earum) quæ mobiles aut se moventes.* Ulpianus quæsitio, an Edicto Edilium, præter mancipia & jumenta, ad quæ sola spectant verba, etiam aliae res contineantur? ait, etiam alias contineri. utrum mobiles tantum, & se moventes, an etiam soli, id est, immobiles? sed putat, sic obtinuisse quasi generalis sit Edicti sententia de omnibus rebus, tam his quæ soli sint, quam quæ sint mobiles, aut se moventes. & est notandum; quod ait, ita Labeonem scribere. nam eo evidens præbet argumentum, se quod de rebus cæteris dixit, non imputare Edicti verbis, sed sententiæ usu receptæ. verbis sane extantibus, quid opus erat auctoritate Labeonis: cum præstaret, ipsa allegari Edicti verba. Rem dixi. nec alio pertinet, quod in *l. 49. d. t.* idem confitetur Ulpianus, nequaquam esse incertum, redhibitionem etiam procedere in fundo vendito. nam si generalis fuisset Edicti sermo, aut in eo facta nominatim esset fundi mentio: an necessaria foret hæc admonitio. redhibitionem etiam in fundo, procedere, & id nequaquam esse incertum?

Verum pergo ad reliqua. ajunt Ediles, *Qui mancipia vendunt.* Mancipia vendere est, ea mutare pretio, sive numerata pecunia. qui vero ea dat alia re contra data, proprie non vendere, sed permutare, dicitur: ut demonstratum *lib. 18. tit. 1. De contrahen. empt.* Veteres tamen venditionem in proposito etiam ad permutationem transferre, observat Aristo, apud Paulum *l. ult. D. de rer. permut.* & patitur in *l. 19. §. 5. D. h. t.* Ulpianus motus similitudine rationis.

De locationibus nihil edicitur; ac videbatur (ut Ulpianus refert *l. 63. h. t.*) mirum. ratio tamen, si eum audimus, fuit duplex: una, quod numquam istorum, id est, Edilium, de hac re fuerat jurisdictio: altera, quod non similiter locationes, ut venditiones fiunt. posterior ratio obscura est: sed huc fert ejus scopus: quod conductor mancipii vitiosi aut morborum non eget Edilitio Edicto, ubi potest eo uti opus ad quod conduxit: sic enim satisfactum est locationi & conductioni, tantum ad usum & fructum comparatæ. quod si non potest eo uti & frui: jure civili habet actionem ex conducto ad id quod interest. ad hanc rationem accedit alia: quod dominus mancipii morborum aut vitiosi id nulli facile locabit spe mercedis; eo deteriorato usu temporis exigui (hoc enim modo fit locatio) majus facturus damnum, quam lucrum. In venditione aliter se res habet: nam perpetua est ejus causa, spectans ad alienationem: in qua nisi aliud placuit, venditori sufficit jure civili, tradere vacuum possessionem; nec ultra tenetur. quid, si addam, unumquemque mancipium morbosum aut vitiosum a se libenter dimittere in perpetuum: idque ut obtineat, etiam morbos & vitia dissimulare? deficiente igitur in venditione providentia juris civilis: opus erat Edicto Edilitio: quo non erat opus in locatione; ubi jure civili suppetebat ordinaria ex conducto actio; nec meruendum erat periculum quod a venditione timebatur. Aperui iter rectum ad intellectum *d. l. 63.* contrarium tenuit D. Cujacius *lib. 12. Observ. c. 38.*

Sequens deliberatio erit de intellectu *l. 62. D. h. t.* quæ est ex *lib. 8.* Differentiarum Modestini, atque inde acceptura lucem. principio ait Modestinus: *Ad res donatas Edictum Edilium Curulium non pertinere dicendum est.* & rationem hanc subjicit, *Etenim quid se restitutum donator repromittit, quando nullum pretium interveniat?* Modestinus (ut Inscriptio indicat) facta differentia inter venditionem qua de loquitur Edictum Edilium, & donationem de qua non loquitur, negat, venditionem in Edicti interpretatione ad donationem extendi: eo quod Edictum jubet, re vendita ab emptore redhibita ob morbum

bum aut vitium, emptori contra restitui pretium, & quæ pretium sequuntur; eoque nomine interim cavere l. 28. 29. §. 1. l. 30. D. h. t. At hæc ratio inquit Modestinus cessat in donatione: & præfatur, quando rem donatam gratis dedit donator, meram exercens liberalitatem, nihil esse, quod is se donatario redhibita te donata restitutum repromittat. Non est igitur in donatione causa *Adilitii Edicti* quæ est in emptione & conditione: quando in altera est quod redhibeatur, in altera non est. At enim potest æque in donatione atque in venditione esse causa *Adilitii Edicti*: siquidem venditor emptori non modo cavet, se ei restitutum pretium redhiberi servi, sed etiam id quo emptor servum interim fecerit meliorem, impensis pro ejus disciplina aut aliter factis d. l. 29. §. 3. eademque fuerit æquitas facta donatione, si pro donato servo aliquid similiter impenderit donatarius. Hic scrupulus continetur his Modestini verbis: *Quid ergo, si res ab eo cui donata est, melior facta sit? numquid quanti ejus qui meliorem fecit, interest, donator conveniatur?* Sed in promptu est hæc Modestini responsio, *Quod minime dicendum est, ne eo casu liberalitatis sue donator poenam patiatur.* Sensus Modestini, animadvertentis, hæc esse dissimilia, huc redit: quod non oportet donatarium, nisi velit ingratius videri, sequi interpretari benignitatem donatoris de eo bene mereri cupientis, etsi res alium habuerit eventum. Itaque (lic pergit Modestinus) *si qua res donetur, necesse non erit, ea repromittere quæ in rebus venalibus Ediles repromitti jubent.* Hoc: si bona fide sit donatus servus, quem donator suum esse putavit, sed quid, si alienus servus a sciente donetur dolo, isque a domino evincatur, postquam impensas in eum fecit donatarius? non videtur donator liberalitatem exercuisse erga donatarium: magis dicetur, eum decepisse specie amicitiae. proinde eum de dolo teneri ad id quod interest donatarii, se deceptum non esse, commodè censet Ulpianus ex sententia Labeonis l. 18. §. ult. D. de donat. Mitto hos, ipse sic Modestinus d. l. 62. h. t. Sane, inquit, *de dolo donator obligare se debet & solet: ne quod benigne contulerit, fraudis consilio revocet.* Vere: sed sensum abscondit loquendi forma: *Ne fraudis consilio revocet?* Me interprete, accipienda ea locutio erit perinde, ac si dicatur, *Ne fraudis consilio sit in causa, ut revocetur.* quod miror non esse observatum a Viris Doctis, ipse notavi quid simile supra sub Titulo *De recept. & qui arbit. recept. ad fin.* in expositione l. 39. ibid.

Sed apparet, Edictum (nam eo redeo) tantum loqui de venditionibus, an tamen omnibus? Edictum infinite loquitur: sed Ulpianus l. 1. §. 3. sciendum esse, inquit, *Edictum hoc non pertinere ad venditiones fiscales.* Exceptionis firmamentum non addit Ulpianus: sed, credo, movit auctoritas hæstæ fiscalis: quam non convelli, publice utile est. Sit igitur hoc jus singulare, ideoque si respublica municipii faciat venditionem, contra ait §. 4. locum habiturum Edictum: sine dubio quia Respublica solet uti jure privatorum, & in Edicto non excipitur. idem inquit Ulpianus §. 5. observari in pupillaribus venditionibus: nam in his quoque esse Edicto locum. Quid si simplariæ sint venditiones? Pomponius l. 48. §. 1. h. t. sic scribit: *Simpliarum venditionum causa ne sit redhibitio, in usu est.* Simplarias autem venditiones Budæus dici putat, quod pro his non cogitur venditor in causa evictionis duplam repromittere. Sed Budæum refutat Corasius lib. 2. Miscell. c. 24. arbitratus, ut ait, fide vetustiorum Codicum, in d. l. 48. §. 1. pro *simpliarum* esse legendum *simpulariarum*; & addit, res minutas a Veteribus *simpularias* appellari. proinde a Pomponio dici, ne *simpulariarum* venditionum, sive minutarum rerum venditarum redhibitio sit, in usu esse: ut solet dici, Prætor non curare res minimas, ob eas per in integrum restitutionem petita rescissione juris civilis l. 4. D. de in integr. restit.

Noode Operum Tomus II.

Sequuntur causæ ex quibus Ediles agi velint. enumerantur autem in Edicto multæ. sed in summa sunt quatuor. prima est, si quid sit morbi vitii a venditore cum mancipium venit, non palam recte pronunciatum. secunda est, si in re vendita sit a venditore dictum promissumve quod deinde non præstetur. tertia est, si quid ita venierit, ut nisi placnerit, redhibeatur. quarta est, si venditor emptori, postulanti non caverit de his quæ Edicto comprehensa sunt. Prima causa continetur his Edicti verbis. *Qui mancipia vendunt, certiores faciant emptores, quid morbi vitii sit, quis fugitivus, errove sit, noxave solutus non sit, eademque omnia, cum ea mancipia veniunt, palam recte pronunciant.* Injecta vitii morbi que mentio jam apud Veteres recepit dubitationem: aliis aliter definientibus. omnes sententias, nec lubet, nec vacat enumerare. Ulpiano l. 1. §. 7. h. t. una contento sententia Sabini: morbum definientis, habitum cujusque corporis contra naturam qui usum ejus ad id facit deteriore, cujus causa natura nobis ejus corporis sanitatem dedit. id autem alias in toto corpore, alias in parte, accidere. namque totius corporis morbum esse puta, *phlogiston*, id est, talem, febrem; partis, veluti cæcitatem, licet homo itaque natus sit. addit Sabinus, vitium a morbo multum differre; ut puta, si quis balbus sit: nam hunc vitiosum magis esse, quam morbosum. Sic ille. Aliiter Ulpianus: Verba Ulpiani: *Ego puto, Ediles tollenda dubitationis gratia nata res dicitur, id est, de eodem idem dixisse, ne qua dubitatio superesset.* Idem bis ab Ulpiano dici, & ei aliisque sæpius hoc accidere, annotavi olim lib. 3. Probabil. c. 10. Nunc sensum accipe. is sensus est: Si mancipio, cum venit, aliquod adhæret malum, ejus usum aut ministerium in totum aut ex parte moraturum, id sive morbus dicatur, sive vitium, ab emptore oportere intelligi ex sententia Edilium, neglecta verborum subtilitate: cum emptoris nihil interlit, quo nomine designetur, ejus usui aus ministerio nociturum: mancipus tantum usus ac ministerii causa emi solitis.

Nondum absolvit interpretatio. nam animadverso, duplices esse morbos: alios corporis, alios animi: adhuc quæsitum fuit, utrius generis morbi ac vitia designentur: non facta ab Edilibus differentia? variasse Veteres, mea fert opinio: sed Ulpiani tempore consensu ivisse ad morbos & vitia corporis: idque l. 4. §. 3. ab eo significari hac loquendi forma, *Et videtur hoc jure uti: quam loquendi formam lib. 1. Probabil. c. 2. & 3. ostendi hoc velle, post multas variationes ita tandem obtinuisse.* Eo igitur sensu, *Videtur, inquit Ulpianus, hoc jure uti, ut vitii morbi que appellatio non videatur pertinere, nisi ad corpora, animi autem vitium ita demum præstabit venditor, si promissit; si minus, non.* Qua causa? Ulpianus dat verissimam: quod de vitiis animi, quale vitium est erroneis, ac fugitivi, separatim edixerunt Ediles; de his non edicturi separatim, si morbi ac vitii appellatione tam animi, quam corporis vitia comprehendissent. nec dissimulavit Ulpianus, quosdam, hoc argumento dixisse jumenta pavida & calcitrosa morbohis non esse annumerando: esse enim hoc animi, non corporis vitium. Talia animi vitia infinita sunt: sed intellectus causa adferam pauca. Ulpianus d. l. 4. §. 4. esse tale ait, aleatoris, vinarii, gulosi, impostoris, mendacis, & in l. 1. §. 9. levis, superstitiosi, contumacis: Venulejo l. ult. qui ludos adidue velit spectare, aut tabulas pictas studiose intueatur. Eodem in numero Ulpiano d. l. 1. §. 9. est qui inter fanaticos caput jactet, & aliqua sit profatus. in §. 10. dicitur, si circa fana bacchatus sit, & quasi demens responsa daret. puto, descriptio est vatis: soliti, cum est Deo plenus, tamquam per furorem, ejus responsa dare. Exemplum apud Florum lib. 3. cap. 19. alia habet Budæus *Annot. in Pandect. pag. 334.* Hæc & similia animi vitia Ulpianus d. l. 4. §. 3. h. t. ait, a venditore ita præstari demum, si promissit; si minus, non. Excipit, nisi vitium corporis usque ad

animum penetrat : forte si propter febrem loquatur aliena, vel per vicos more insanorū deridenda loquatur. in quo quod animi vitiū sit, ex corporis vitio accidit, ideoque redhiberi posse *d. l. 4. §. 1.* Plane prætermittere in *§. 4. d. l. 4.* item *d. l. 1. §. 9. b. t.* noluit Ulpianus, ob quæ vitia, quia animi sunt, non est redhibitio, esse adhuc ex empto actionem ad id quod interest, si id venditor sciens reticuit : quia non videtur id convenire bonæ fidei, etsi ab Ædilibus non comprehensum.

Porro ajunt Ædiles, *quis fugitivus, errove sit, noxave solutus non sit.* De his, quia animi vitia putabantur, nominatim edixisse Ædiles, monuit Ulpianus *l. 4. §. 3. b. t.* Fugitivus autem quis sit, & unde æstimeretur, idem late tractat Ulpianus *l. 17. pr. §. 1. & seqq. d. t.* De eo vero sic scribit Papinianus *l. 54. d. t. Actioni redhibitoria non est locus, si mancipium bonis conditionibus emptum fuerit, quod ante non fugerat.* Papinianus negat, consilium fugæ quod inclusum animo, se ante non ostenderit, ubi post emptionem perfectam incidit, non ad venditorem pertinere, sed ad emptorem : quod & traditum *l. 3. C. b. t.* contra est, si fugerit servus ex vetere vitio : tunc enim tenetur eo nomine venditor ; nisi de hoc certiores fecerit emptorem. & quidem vult Paulus *lib. 2. Sentent. tit. 17. §. xi.* eum cogi, si id sciverit, emptori, præter servi pretium, etiam restituere ea quæ is per fugam abstulit : nisi paratus sit, noxæ dedere. ita idem temperat Paulus *l. 58. D. h. t.* Sed quid, si nolit servi æstimationem, & prætia ablatarum rerum restituere? id tractat idem Paulus *d. l. 58. §. 1.* ad quem consule scripta a D. Schultingio *Not. ad d. tit. 17. §. 11. n. 30. p. 295.* Igitur si post perfectam emptionem servus fugerit, quærendum restat ; utrum novum sit fugæ vitium, an vetus. de quo ita Paulus *d. l. 58. §. ult.* *Servum dupla emi qui rebus ablatiis fugit : mox inventus presentibus honestis viris interrogatus, an & in domo venditoris fugisset, respondit fugisse. Quæro, an standum sit responso servi? Paulus respondit : Si & alia indicia prioris fugæ non deficiunt, tunc etiam servi responso credendum est.* Sic Paulus. Atqui idem in *l. 7. D. de probat.* contra, *Cum, inquit, probatio prioris fugæ deficit, servi questionem credendum est : in se enim interrogari, non pro domino aut in dominum videtur.* Sed difficultati occurri olim *lib. 1. Probabil. c. ult. in fin.* & adde sis scripta ad *d. tit. 17. Pauli §. 13. p. 296.*

Erro in Edicto quis dicatur, intelligitur ex *d. l. 17. §. 14. D. h. t.* ubi sic ait Ulpianus : Erronem (ita) definit Labeo pusillum, fugitivum esse : & ex diverso fugitivum, magnum erronem esse : sed proprie erronem sic definimus, qui non quidem fugit, sed frequenter sine causa vagatur, & temporibus in res nugatorias consumptis, serius domum redit.

Quod porro ajunt Ædiles, *Noxa solutus non sit*, sic intelligit Ulpianus *l. 17. §. 17. b. t.* ut non hoc debeat pronunciari, nullam eum noxam commisisse ; sed illud, noxa solutum esse, hoc est, noxali iudicio subiectum non esse. addit, ergo si noxam commisit, nec permanet, noxa solutum esse. illud quæri potest, noxas quas intelligamus, utrum privatas, an publicas? non distinguunt Ædiles. sed Ulpianus *d. l. §. 18.* sic scribit : *Noxas accipere debemus privatas, hoc est, eas quacumque committuntur ex delictis, non publicis criminibus : ex quibus agitur iudiciis noxalibus. denique specialiter cavetur infra de capitalibus fraudibus : ex privatis autem noxiis oritur damnum pecuniarium, si quis forte noxæ dedere noluerit, sed litis æstimationem sufferre.* Sic passim editur, sed vitiose. Mihi crede, Ulpiano nocere Synchusim perinde expediendam, quasi sit ab eo scriptum : *Noxas accipere debemus privatas, hoc est eas quacumque committuntur ex delictis ex quibus agitur iudiciis noxalibus : non publicis criminibus. denique.* & reliqua. Frequentem Veteribus esse talem Synchusim, alibi sæpe sum expertus : hic vero mihi est probabilis. Nisi malis elidere verba ista, *Non publicis criminibus*, arbitratus,

ex margine venisse in contextum specie interpretationis. retenta certe connexionem conturbant : abjecta faciunt bonum sensum. quomodo? hic est : Ædilitium Edictum noxales actiones non promittit ex publicis criminibus servorum, sed eas promittit ex eorum delictis privatis. nempe, quia privata delicta non tenent servos, sed dominos, ipsos ex his conveniri solitos. quia inde oritur damnum pecuniarium : si quis forte nolit eos noxæ dedere. crimina autem publica solum tenent delinquentem. quippe cum non tendant ad reparationem damni dati : sed ad infligendam corpori pœnam, vindicandæ publicæ disciplinæ gratia. at alieno nomine alium corpore puniri, nulla ratio patitur. ita servus ex suo crimine accusatur : & domino permittitur, eum defendere. sed probato crimine, non dominus, sed servus pro suo delicto condemnationem sustinet *l. 4. C. b. t. l. 2. C. de accusat.*

Spero, non ægre ferent Studiosi Juris, me deinceps faciliore intellectus gratia, invertere ordinem ab Ædilibus servatum ; & dilata paulisper explicatione verborum Edicti, *certiores faciant emptorem*, item *eaque omnia palam recte pronunciant*, quæ ex superioribus exponenda hic restabant, attingere prius (quod quodammodo desiderat causarum connexio) hæc sequentia verba. *Item si quod mancipium capitale fraudem admiserit, mortis consciscenda sibi causa quid fecerit, inve harenam depugnandi causa ad bestias intromissus fuerit : ea omnia in venditione pronunciant.* Ad hæc verba ita scribit Ulpianus *l. 23. §. 2. b. t.* Excipitur etiam ille qui capitale fraudem admiserit. Capitale fraudem admittere est, tale aliquid delinquere, propter quod capite puniendus sit. ac præfatur, Veteres fraudem pro pœna ponere solitos. inde capitale fraudem, inquit, accipimus dolo malo & per nequitiam. ceterum si quis errore, si quis casu fecerit, cessabit Edictum. unde Pomponius ait scribere, neque impuberem, neque furiosum capitale fraudem videri admisisse.

Ulpianus *l. 23. §. 3. b. t.* excipitur, inquit, & ille qui mortis consciscendæ causa quid fecerit. addit, quod malus servus creditus est qui aliquid facit, quod magis se rebus humanis extrahat ; ut puta laqueum torlit, sive medicamentum pro veneno bibit, præcipitemve se ex alto miserit, aliudve fecerit, quo facto speravit mortem perventuram : tamquam non nihil in alium ausurus qui hoc adversus se ausus est. Sic Ulpianus. idem Seneca Pater *lib. 8. Ercerpt. controu. c. 4.* verba : *Nihil non ausurus fuit qui se posuit occidere.* Etiam apud Publium Syrum est in *Sentent. vers. 259.*

Heu quam est timendus qui mori tutum putat. Paulo tamen hoc placet demum, si propter nequitiam, malosque mores, flagitiumve aliquod admissum, mortem sibi consciscere voluit : non si dolorem corporis non sustinendo id fecerit *l. 43. §. 4.*

Sequitur in Edicto, *Inve harenam depugnandi causa ad bestias intromissus fuerit.* Verba Edicti clara sunt. tantum laborat constructio Grammatica : quia præcessit mancipium, erat dicendum, *intromissum* : Latine tamen recte dicitur, *intromissus* : relatione facta non ad præcedens verbum, sed ad intellectum.

Præter hæc jubent Ædiles, *Qui mancipia vendunt, etiam nationem cuiusque in venditione pronunciare.* Meminit Ulpianus *l. 31. §. 2. b. t.* & hanc addit rationem, *Plerumque enim natio servi aut provocat, aut deterret emptorem.* idcirco interest nostra, scire nationem : præsumptum etenim est, quosdam servos bonos esse, quia natione sunt non infamata ; quosdam malos videri, quia ea natione sunt quæ magis infamis est. quod de diversitate indolis nationum dictum ab Ulpiano est, ad hæc congestit quædam Guido Pancirolus *lib. 2. Thesaur. var. lect. c. 48. p. 232.* Nationem autem infamatam aut infamem pro suspecta, ab eo dici, pluribus erudite ostendit Radulphus Fornerius *lib. 5. Rer. quotid. c. xi. p. 91.*

Porro

Porro apud Ulpianum *l. 37. h. t.* Præcipiunt *Ædiles*, *Ne veterator pro novitio veneat*. Iple vero Ulpianus, *Et hoc*, inquit, *Edictum fallacis venditorum occurrit*: ubique enim curant *Ædiles*, ne emptores a venditoribus circumveniantur. ut ecce plerique solent mancipia quæ novitia non sunt, quasi novitia distrahere; ad hoc scilicet, ut plures vendant. (qua de re etiam *Torrentius ad Hortatium lib. 2. Epist. 2.* & *Suetonium Julio c. 47.* ibidemque *Pitiscus*) præsumptum est enim ea mancipia quæ rudia sunt, simpliciora esse & ad ministeria aptiora & dociliora, & ad omne ministerium habilia: trita vero mancipia & veterana difficile est reformare, & ad suos mores formare. quia igitur venalitarii sciunt, facile decurri ad novitiorum emptionem, idcirco interpolant veteratores & pro novitiis vendunt: quod ne fiat, hoc Edicto *Ædiles* denunciant: & ideo si quid ignorante emptore ita venierit, redhibebitur. Huic Ulpiani loco solet obijci *Venulejus l. ult. §. ult. D. h. t.* Sed vide *Cujacium lib. 8. Observ. c. 9.* & *Gilbertum Regium lib. 1. Variat. c. 7.*

Postremo huc referendum, quod Ulpianus *l. 17. §. 19. D. h. t.* in hunc scribit modum: Si quis talis sit servus qui omnino manumitti non possit ex Constitutionibus, vel si sub pœna vinculorum distractus sit a domino, vel ab aliqua potestate damnatus, vel si exportandus: æquissimum erit, etiam hoc prædici. Sed de vitiis & morbis satis, tandem videndum, quod paulo ante promissi, quid *Ædiles* circa hæc observari postulent.

Ajunt, *Qui mancipia vendunt, certiores faciant emptores, quid morbi vitii ve cuique sit, quis futiguus errove sit, noxave solutus non sit, eademque omnia, cum ea mancipia venibunt, palam recte pronunciant.* *Ædiles* cupiunt, emptores, dum mancipium eis venditur, per venditorem omnia de quibus diximus, intelligere: eumque in finem eis a venditore nihil celari. contra putant, oportere eos ab illo moneri omnium, & quidem ejus pronuntiatione palam recte facta. Nec est dubium, quin æquissime: venditore præsertim eorum gnaro: imo ignaro quoque. late enim patent Edicti verba: ac secundum hæc ait in *l. 1. §. 2. Ulpianus*, venditorem etiam, si ignoravit ab *Ædilibus* præstari jussa, Edicto teneri. primum, quia potuit ea nota habere. deinde non interest emptoris, quomodo fallatur, utrum venditoris ignorantia, an calliditate.

Sed quid, si emptor illa quæ *Ædiles* jubent, ei a venditore palam significari, aliunde, quam manifesta ejus pronuntiatione recte intellexit? Si verba spectamus: non est satisfactum Edicto neque temperamentum, neque exceptionem habenti. teneatur igitur vel sic Edicto venditor. Verum aliter visum Prudentibus ex Edicti sententia: unice agentis, ne emptor sua ignorantia a venditore decipiatur. quis autem dicat vir bonus & sapiens in judicio arbitrario, quale est redhibitorium, eum decipi qui non ignoravit? Fac: aliquis servum vinctum vendidit, nec in venditione dixit, eum fugisse, aut in vinculis fuisse. an offendit Edictum? forsan dices, venditorem debuisse id palam recte pronuntiare: nam sic facere, Edicti verbis juberi. Atqui venditor in venditione vinctum ostendit servum. sic plus fecit, quam Edictum postulat. putemus igitur, teneri verbis: sed ejus mente absolvi. Video, te frontem contrahere: sed erit fides *Pomponio l. 48. §. 3. D. h. t.* ita opinanti: *Ei qui servum vinctum vendiderit, Ædilitium Edictum remitti æquum est. multo enim amplius est, id facere, quam pronuntiare, in vinculis fuisse.* Poterit igitur hic venditor, secundum *Pomponium §. 4. d. l.* ab emptore conveniri ob vitium palam recte non pronuntiatum: sed convento licebit, se tueri per exceptionem, Nisi si sciverit emptor de fuga, aut vinculis, aut cæteris rebus similibus. Eandem æquitatem servat Ulpianus *l. 14. §. ult. h. t.* Si nominatim morbus exceptus non sit, talis tamen morbus sit qui omnibus potuit apparere, ut puta, cæcus homo venibat, aut qui cicatricem evi-

Noodt Operum Tomus II.

dentem & periculosam habebat vel in capite, vel in alia parte corporis. *Cacilius* enim secutus ait venditorem ejus nomine non teneri: perinde ac si nominatim morbus exceptus fuisset. & causatur, ad eos morbos vitiaque pertinere Edictum *Ædilitium*, quæ quis ignoravit vel ignorare potuit. Idem Ulpianus ait similiter *l. 1. §. 6. d. t.* si intelligatur vitium morbusque mancipii, ut plerumque signis quibusdam solent demonstrare vitia, potest dici, cessare Edictum. Qua causa? quia hoc tantum intuendum est, ne decipiat emptor. Ait, signis quibusdam. & est exemplum apud *A. Gellium lib. 7. Noct. Attic. c. 4.* plura habet *Durantius Casellius lib. 1. Var. c. 10.*

Multo magis convenit æquitati *Ædilitium*, emptorem, si a venditore exceptum sit vitium, aut morbus, ab Edicto repelli, non servata pacti fide: nam cum unum sit *Ædilibus* negotium, emptoris ignorantia succurrere; an dubitamus, eos emptori facere Edicti potestatem: volenti, uti ejus commodo: non facere necessitatem, si nolit? Sed hoc animadvertit *Horatius lib. 2. Epist. 2.* ex nostris etiam Ulpianus *l. 31. D. de pactis*, quæ est ex ejus lib. 1. Ad Edictum *Ædilitium Curulium*, *Pacisci*, inquit, contra Edictum *Ædilitium* omnimodo licet: sive in ipso negotio venditionis gerendo convenisset, sive postea. Hoc, si ignoravit venditor morbum aut vitium, aut cum sciret, in venditione palam recte pronuntiavit. nam si consulto reticuit, etsi pactus sit, ne teneatur ex *Ædilitio* Edicto, non servatur pactum quod puratur dolo malo factum *l. 14. §. 9. h. t. l. 39. D. de act. empt.*

Intellecto, quid vitii morbi ve nomine ab *Ædilibus* designetur, aliquis expectet exempla. sed occurrunt passim & pleraque sunt exposita diligentia *Gulielmi Budæi* & *Dionysii Gothofredi*, *Annot. ad hunc Titulum*. meo vero instituto sufficit sciri, *Ædiles*, cum jubent, emptori a venditore significari mancipii vitium aut morbum, ne calumniis & vexationibus aperirent fenestram, illis verbis non quale quale vitium aut morbum; sed quod hominis usum ministeriumque imminuat aut tollat, id demum vitium aut morbum interpretari. proinde, si sit levis lippitudo, aut levis dentis auriculæve dolor, aut levis febricula, aut vetus quartana quæ tamen jam sperni potest, vel vulnuscule modicum; negat Ulpianus *l. 4. §. ult. h. t.* ad causam hujus Edicti pertinere: præfatus *l. 1. §. 8.* nulum hæc habere in se delictum, quasi pronuntiatum non sit: contemni enim potuisse, ubi hominis ministerio quod, ut dixi, solum quærunt *Ædiles*, non sunt impedimento. Ac fuit, cum in hunc sensum trahe-rem illud *Pauli l. 54. D. de contrah. empt. Res bona fide emptæ, propter minimam causam inempta fieri non debet.* Nec me piget ejus interpretationis: nam causa *Paulo* est vitium aut morbus; ut sæpe apud *Veteres*. inde causa minima est levissimus morbus, ac levissimum vitium. nec dubium, quin sic elegans & facilis sit *Pauli* sensus, Rem bona fide venditam, propter minimum morbum, a venditore non palam recte pronuntiatum, ex *Ædilitio* Edicto redhiberi, id enim est, inemptam fieri, non debere. *Paulum* hoc habere ob oculos, ulterius liquebit; considerantibus *Inscriptionem Pauli lib. 1. Ad Edictum Ædilitium Curulium* præferentem. Hoc nunc breviter: uberius egi *lib. 2. Observ. c. xi.*

Simili ratione probat Ulpianus *l. 6. h. t.* quod a *Pomponio* observatum, hoc Edictum non tantum ad perpetuos morbos, verum ad temporarios quoque pertinere. Et recte: utrum enim temporarius, an perpetuus, servi morbus sit, quid refert emptoris? dummodo ejus ministerio noceat morbus, de quo tempore venditionis a venditore non est certior factus.

Altera causa ex qua *Ædiles* agi permittunt, est; si quid sit a venditore dictum promissumve, quod non est præstitum. ea causa hoc continetur Edicti versu: Si mancipium adversus ea venisset, sive adversus quod dictum promissumve, cum veniret, fuisset. Dictum autem a promisso (auctore Ulpiano *l. 19. §. 2. D. h. t.*)

hic discernitur. Dictum accipimus, quod verbo tenus pronunciatum est, nudoque sermone finitur. Promissum autem potest referri & ad nudam promissionem, sive pollicitationem, vel ad sponsum. Sic Ulpianus: & mox addit, secundum hoc incipere eum qui de huiusmodi causa stipulanti spondit, & ex stipulatu posse conveniri & redhibitoriis actionibus: neque id esse novum, nam & qui ex empto potest conveniri, eundem etiam redhibitoriis actionibus posse conveniri. De cetero monet in *l. 19. pr. h. t.* opportune admodum, venditorem quædam, etsi dixerit, non præstare: veluti ea quæ ad nudam laudem servi pertinent. atque hoc in §. 3. sic exprimit, Ea sola dicta sive promissa admittenda sunt, quæcumque sic dicuntur, ut præstentur, non ut jactentur. Pari modo ait in *l. 37. D. de dolo malo*, quod venditor, ut commendet dicit, sic habendum, quasi neque dictum, neque promissum sit. Maxime autem placent hæc Florentino *l. 43. D. de contrab. empt.* si ea quæ commendandi causa in venditionibus dicuntur, palam appareant, nam tum, inquit, venditorem non obligant. Et pro exemplo adfert: veluti si dicat, servum speciosum, domum bene ædificatam. Sic solet venditor. magno apud Horatium *lib. 2. Epist. 2.*

--- Hæc &

Candidus & talos a vertice pulcher ad imos.

Apud Ciceronem *lib. 3. De officiis* tale hoc est: *Qui proscribunt villam bonam, ut ipsi asserunt, beneque ædificatam, non existimantur fefellisse, etiamsi illa nec bona, nec ædificata ratione.* Quam ob rem? ait Cicero: *Ubi iudicium emptoris est, ibi fraus venditoris quæ potest esse?* Ex eodem genere est illud Lucii apud A. Gellium *lib. 3. Noct. Attic. c. 14.*

Quid ni? & scruta quidem ut vendat scrutarius, laudat

Præfractam strigilem, soleam improbus dimidiatam.

Ita: si apparent quæ ad laudem dicta. Imo & si non apparent: modo sint generalia, nec plus, quam ipse supponat emptor ad contractum conferant. talia in *l. 19. h. t.* sunt, Hominem esse frugi, probum, dicto audientem. Nempe empturus servum ipse de eo illa cogitat; nec ideo pro hoc plus, quam pro alio daturus. Ultro igitur a venditore jactata, eum non tenent. Non ita est; si ab emptore nominatim rogatus venditor, an sit talis servus, esse talem asseveravit, & propterea eum caro vendidit. tum enim ex empto teneri, nisi talem præstet, Ulpianus confirmat *l. 23. §. 3. D. de act. empt.* arbitratus, huiusmodi asseverationem, præcedente illa interrogatione factam a venditore, jam non intra nudam laudem subsistere; sed ad dictum promissumve accedere. Quemadmodum si specialiter dixerit, adesse servo quod non adsit, aut abesse quod adsit. nam & tum venditorem adversus dictum promissumve facere, Ulpianus docet *l. 17. §. ult. D. h. t.* ac ne deesset exemplum, adscribit: ut puta, si dixerit furem non esse, & fur sit; vel si dixerit artificem esse, (ut magno apud Horatium *d. lib. 2. Epist. 2.*) & non sit. Simile putemus, si quis emat morionem, genere quodam stultitiæ inserviturum ejus amœnitati: & est fatuus, vel est sapiens. utroque casu est factum adversus id quod dictum. alterum obtinet sic Martialis *lib. 8. Epigr. 13.*

Morio dictus erat: viginti millibus emi.

Redde mihi nummos, Gargiliane: sapit.

Alterum visum Ulpiano *l. 4. §. 3. h. t.* sic scribenti: Pomponius ait; *quamvis non valide sapientem servum venditor præstare debeat, tamen si ita fatuum vel morionem vendiderit, ut in eo usus nullus sit, videri vitium.* Est igitur rationis: ut quod specialiter dixerit venditor, id præstet. nimirum, quia hoc ipso plus vendidit: ut optime Florentinus *d. l. 43. D. de contrab. empt.* exempla in Grammatico, item in Coquo: quos propter sua artificia plurimo vendita fuisse, indicavi *lib. sing. De form. emendand. dol. mal. c. 9. Pla-*

ne, si quis artificem promiserit vel dixerit, non utique perfectum eum præstare debet, sed ad aliquem modum peritum, ut neque consummata scientiæ accipias, neque rursus indoctum, inartificium. sufficit igitur, talem esse, quales vulgo artifices dicuntur. nisi optimum dixerit: tum enim optimum in eo artificio præstare debet. idemque in cæteris placet, si quid dictum aut promissum sit a venditore, non amare exigendum esse *l. 18. pr. §. 1. & 2. h. t.*

Tertia causa ex qua Ediles permittunt agi, in hoc Edicto est; si quid ea lege venerit, ut nisi placuerit, redhibeatur. ea causa in Edicto sic est concepta: *Si quid ita venerit; ut nisi placuerit redhibeatur, intra sexaginta dies, non ultra, nisi causa cognita, iudicium dabimus.* Hæc clausula alicui supervacua videri possit: postquam placuit, pacta conventa, in continentem adjecta contractui bonæ fidei, illi inesse, sive ad adstringendum eum, sive ad distrahendum, spectant: ut probatum *lib. sing. Ad Edict. de pact. & transact. c. xi.* Sed videamus, ne Ediles, animadverso, empti actionem non præfinito in contrahendo tempore, iure civili esse perpetuam, æquitatis esse putarint, ex huiusmodi pacto rem non perinde habere, quasi emptori jus esset, eam semper redhiberi: ideoque in Edicto præscripserint tempus intra quod ea, si displiceret, redhiberi posset. Sic apparet Edicti utilitas. Rem tradit, exponitque Ulpianus *l. 31. §. 22. & 23. h. t.*

Quarta agendi causa ex Edicto Edilium est: si de vitiis morbilve & cæteris quæ Edicto sunt comprehensa, emptori postulanti non sit a venditore cautum. Ea causa continetur sequente Edicti clausula: *Item in hisce causis mancipium non esse, & habere licere in duplum emptori, si postulabit, cavento.* Hanc clausulam attingit Gajus *l. 28. D. h. t.*

Expositis causis ex quibus promittuntur Edilitiæ actiones, nunc age ipsas consideremus. Rubrica duas attingit: una est redhibitoria, altera quanto minoris. est tamen & tertia in fine Edicti quæ in factum appellatur. Initium suam ab actione redhibitoria, sic appellata a fine ad quem in Edicto propolita est. is finis est redhibitio; emptore volente ab emptione mancipii recedere ex causis supra scriptis. Inde quærentibus, cui hæc detur actio: est in promptu responsio, dari emptori, eique ad quem ea res pertinet. sic enim loquitur Edictum. Emptorem autem Ulpianus *l. 19. §. 5. D. h. t.* accipit eum qui pretio emit. sed si quis permutaverit; putat, utrumque emptoris & venditoris loco haberi, & utrumque ex hoc Edicto experiri. Is porro ad quem ea res pertinet, Ulpiano est, successor universi juris: id est, heres defunctum per omnia repræsentans.

Non major erit deliberatio, adversus quem illa detur actio: Edilibus eam pollicentibus *adversus eum qui vendidit, eumve cujus maxima pars in ea venditione fuit.* primum ajunt, se hoc iudicium dare adversus eum qui vendidit: manifesta ratione, si ipse conveniatur. sed fac, servum vel filium familias esse qui vendidit: an in dominum vel patrem competit Edilitia actio? quæstio vertitur: quod est pœnalis in duplum. inde magno apud Horatium *lib. 2. Epist. 2.* excepto nominatim vitio, *pœna securus* dicitur, id est, securus actionis redhibitoriae pœnalis. Sed litem expedit Ulpianus *l. 23. §. 4. h. t.* his verbis: *Si servus sit qui vendidit vel filius familias in dominum vel patrem de peculio Edilitia actio competit. quamvis enim pœnales videantur actiones, tamen quoniam ex contractu veniunt, dicendum est, eorum quoque nomine qui in aliena potestate sunt, competere.* proinde & si filius familias vel ancilla distraxit, æque dicendum est, actiones Edilitias locum habere. Sed actio redhibitoria, ut vidimus, ex hoc Edicto proponitur non tantum adversus eum qui vendidit, sed etiam adversus eum cujus maxima pars in venditione fuerit. quia (ut ad hæc verba notat Ulpianus *l. 44. §. 1. h. t.*) plerumque venalitarii ita societatem coeunt, ut quidquid agunt, in commune videantur agere. æquum enim Edilibus visum est, vel in unum ex his cujus major pars

aut in

aut in nulla parte minor esset, *Adilitias actiones competere*: ne cogereur emptor cum multis litigare: quamvis actio ex empto cum singulis sit pro portione qua socii fuerunt. nam id genus hominum ad lucrum potius vel turpiter faciendum pronus est. Adscripsi Ulpiani verba, prout eduntur: nec inuito quidquam licebit tamen mihi aliquam in his indicare Synchusim, ipsi aliisque non insolitam. postremus enim versus: *Nam*, non continet rationem præcedentis versus, *Quamvis actio*: sed versus anterioris, *Aequum enim*. Hoc obiter & tamquam in transcurso.

Promittitur porro hæc actio ab *Adilibus* non in perpetuum: sed intra sex menses, & quidem utiles. id apparet ex *Edicto*, & ab Ulpiano notatum l. 19. §. 6. h. t. Utiles autem menses aut dies quemadmodum distinguantur a continuis, satis notum est ex l. 1. D. de divers. temp. act. solum observandum est, ex mente *Adilium* ab hoc tempore recedi, si venditor non cavet de iis rebus quæ præstari jubentur: tum enim hæc actio datur intra duos menses l. 28. d. t. idemque est, si convenit, ut res vendita, si non placeat, redhibeatur: quamquam hoc casu *Adiles* actionem etiam ultra pollicentur causa cognita l. 31. §. 22. & seqq. d. t.

Proxima quaestio est, ad quid detur actio redhibitoria? *Adiles* sic respondent: *Judicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur*. Igitur quid est *Redhibere*? Ulpianus l. 21. h. t. ait, *facere, ut rursus habeat venditor, quod habuerit*; & quia reddendo id ferebat; idcirco, inquit, *redhibitio appellata est, quasi redditio*. Apud Festum sic legitur: *Redhibitum id proprie dicitur quod redditum est, improbatumque, & qui dedit, idemque coactus est, habere id quod ante habuit*. Unde apparet, inventam esse hanc actionem ad utilitatem emptoris, mancipium titulo emptionis acceptum, justam ob causam improbantis, & reddentis. id tamen sic fuit adhibitum; ut, dum juvatur emptor, interim non lædatur venditor, magis omnia in integrum restituantur, perinde ac si neque emptio, neque venditio intercessisset. Non est quod dubites, indicante hoc Ulpiano l. 23. §. 7. & Paulo l. 60. h. t. Si tamen mavis, utrumque exigi ad *Edicti* verba: nulla in me erit mora. Primum ajunt *Adiles*, *Si quid autem post venditionem traditionemque deterioris emptoris opera, familia, procuratorisve ejus factum erit*. *Adiles* his verbis cavent, ne venditor per causam redhibitionis damno ab emptore afficiatur. esse vero id futurum existimant, si ei servus ab emptore non deterior restituatur. Utrum animo, an corpore? puto, neutro: non enim distinguunt *Adiles* l. 23. l. 25. §. 6. h. t. Tempus autem hic inspicere volunt, non emptionis, sed traditionis. ajunt enim, *post venditionem, traditionemque*. nimirum, quia emptor inde cæpit servum in suâ potestate habere jure emptionis. quod si ante deterioratus dicatur servus, ad hoc judicium non pertinet: quia ejus copiam ante non habuit emptor: ac si fecit deteriorem, non tamquam emptor fecit. d. l. 25. Plane quis deteriorem fecerint servum, si ipse emptor, si familia, si procurator, *Adiles* non curant; ideoque sine distinctione tenere actionem, Ulpianus observat: simul, quomodo accipienda sint hac in parte *Adilium* verba d. l. §. 2. & seqq. Non acquiescunt his *Adiles*: præterea jubent, venditori restitui, *Si quid ex eo (mancipio) post venditionem natum, acquisitumve fuerit*. Ajunt, *post venditionem*, nec adjiciunt, *post traditionem*, ut fecerunt paulo ante. quia omne commodum statim a perfecta emptione, etsi non secuta adhuc traditione, ad emptorem pertinet: cum deteriorari ab emptore res vendita, nisi tradita, nequeat. Vix opus, moneri, *Adiles*, cum ajunt, *Si quid ex eo natum fuerit*, indigitare ancillæ partum, si unus, si plures sint: id enim probat Ulpianus l. 31. §. 2. h. t. idem de fructu confirmat; itemque addit, non multum referre, utrum per se acceperit, an ab alio possessore l. 23. §. ult. d. t. Deinde ajunt *Adiles*, *Acquisitumve*; nempe ex operis mancipii: excepto,

si quid ex re emptoris sit acquisitum. nam hoc apud ipsum relinquendum est d. l. 31. §. 3. Quod de operis dixi, etiam ad mercedes pertinet, quomodocumque eas consecutus sit: ut de fructibus dictum. Nec aliter est, si legatum aut hereditas servo obveniret. observat hæc Ulpianus d. l. 23. §. ult. atque indistincte, utrum potuerit hæc consequi venditor, an non potuerit, si servum vendidisset. ponamus enim, (sic pergit) talem esse qui capere aliquid ex testamento non potuerat: nihil hæc res nocet. Sequitur in d. loc. Pedius quidem etiam illud non putat esse spectandum, cujus contemplatione testator servum heredem scripserit vel ei legaverit: quia etsi venditio remansisset, nihil hæc res emptori proderat. & per contrarium (inquit) si contemplatione venditoris institutus proponeretur, tamen diceremus, restituere emptorem non debere venditori, si noller eum redhibere.

Tenetur igitur ex *Edicto* emptor, quidquid ex mancipio post venditionem natum acquisitumve erit, venditori restituere. Sed quid, si nihil sit natum, acquisitumve? Hic silent *Adiles*: & tamen, si emptoris dolo aut culpa factum est, ne nasceretur, aut acquireretur; placuit, perinde accipere, ac si natum acquisitumve esset l. 23. §. ult. h. t. scilicet, quia præstat, suam cuique culpam nocere, quam alteri. Insuper jussere *Adiles*, venditori ab emptore restitui, *Et si quid aliud in venditione ei accesserit, sive ex ea quid fructus pervenerit ad emptorem*. Sensus *Adilium*, oportere in rebus quæ emptioni accesserunt ab emptore servari idem quod est de principali re dictum. Atque illa sufficerent: si tempore factæ redhibitionis quæ provideri e re venditoris esset, innouissent omnia. sed, ut se habent res humanæ, multa plerumque emergunt ex postfacto de quibus ante non fuit cogitatum. proinde sedit Veteribus, venditori vel in hoc incerto, ne quod imprudenti obveniat malum, consulere remedio cautionis ab emptore præstandæ. Casus & formulas si quis desiderat, reperiet in l. 21. §. 1. 2. & l. seq. D. h. t.

Dixi, quid *Adiles*, venditori præstari jubeant. expectas, quid emptori vicissim præstari postulent. sed præmittendum, quod opportune monet Ulpianus l. 25. §. ult. h. t. *Ordine fecisse Adiles, ut ante venditori emptor ea omnia quæ supra scripta sunt, præstet: sic deinde pretium consequatur*. Nempe, ne venditor pretio ultro restituto, deinde emptoris mora aut tergiversatione damnum habeat aut molestiam. at non magis omittendum, *Adiles* sicut venditori hoc prospexerunt modo ita nec emptorem negligi passos esse. Gajus certe l. 26. h. t. veritus similiter, *ne iniquum sit, emptorem compelli, dimittere corpus, & ad actionem judicati mitti, si interdum nihil præstatur propter inopiam venditoris: potius rem ita ordinandam esse, existimavit, ut emptor caveat, si intra certum tempus pecunia soluta sit, se mancipium restitutum*. Sed apparet, *Adilibus* fuisse negotium; ut redhibito venditori mancipio eum ceteris de quibus dixi, deinde demum emptor ad suum perveniat. Quid ergo? si is quidem agat ad redhibendum; sed nolit, venditori ea quæ jussus est, præstare: an ut præstet ea condemnabitur? Nescio, an de hoc lis fuerit apud Veteres. illud scio, non placere Ulpiano: causato, ut videtur, venditorem hac actione non agere, sed conveniri; & convento sufficere exceptionem, extra quam si actor non præstiterit quæ ex *Edicto* eum præstare oportet. atque huc ille it, meo judicio, in d. l. 25. §. ult. & l. 29. h. t. nec alio spectant tradita l. 47. pr. §. 1. item l. 48. & l. 31. §. 11. D. h. t. Sed de ordine, quem in proposito servari *Adiles* voluerunt, vel nimis. Reliquum est, ut videamus, quid illi ordini sit consequens. Ajunt *Adiles*: *Quod si præstata ea sint quæ diximus, (his verbis præcedentia conjunxi cum sequentibus) & quanta pecunia pro eo homine soluta, accessionisve nomine data erit, arbitrio judicis non reddetur, cujusve pecunia eo nomine obligatus erit, non liberabitur, tanta pecunia ceterarumque*

rumque rerum venditor ut condemnetur in duplum. item, si quas accessiones ipse præstiterit, ut recipiat. Aediles jubent, emptori post præstita ab eo venditori, quæ ipsi præstari voluere, contra a venditore restitui pretium pro mancipio, sive ut ipsi ajunt, pro homine solutum, item si quid ab emptore erit accessionis nomine datum, usura verbi gratia, aut si quid emptionis causa sit ex voluntate venditoris erogatum *l. 27. h. t.* Plus jubent, emptorem liberari necessitate præstandi ejus ad quod obligatus sit, sive ipsi venditori, sive alii *l. 29. §. 1. d. t.* quin de his omnibus, ut fiant, etiam volunt, Judicis arbitrium intercedere; eique si pareatur, venditorem absolvi: sin minus, condemnari. Ad quid? Ulpianus *d. §. 1. l. 29.* ait, quanti ea res erit. hanc facit Edicti summam: & mox subjicit, ea condemnatione contineri pretium accessionesque. De usuris quærit: quia de his nihil in Edicti verbis. ait tamen, emptorem etiam usuras accepturum: quamquam non quasi usuras, sed quasi id quod ejus intersit: atque ita maxime: cum fructus quoque ipse restituat: opinor, ex mente Aedilium: officio arbitri tamquam viri boni suadente, æqualitatem utrimque servari. Sed ut plenissime intelligatur natura actionis redhibitoria quam Aediles arbitrariam fecerunt, non pigebit me, sequentem Gaji observationem subijcere ex *l. 45. h. t.* *Redhibitoria actio duplicem habet condemnationem: modo enim in duplum, modo in simplum condemnatur venditor: nam si neque pretium, neque accessionem solvat, neque eum qui eo nomine obligatus erit, liberet, dupli pretii & accessionis condemnari jubetur: si vero reddat pretium & accessionem, vel eum qui eo nomine obligatus est, liberet, simpli videtur condemnari.*

Satis de actione redhibitoria, emptori ab Aedilibus dari solita; cum mancipium est in ea causa, ut ex Edicto redhiberi possit, & venditor nolit hoc recipere. Sed habeo auctorem Ulpianum *l. 31. §. 17. h. t.* emptori præter actionem illam, etiam aliam competere ad recuperandum pretium; si mancipium volenti sit redhibitum. Unde profecta illa sit, Ulpianus non docet. interim vocat eam in factum: potestque inde verisimile videri voluisse, esse receptam ex Edicti sententia. Quod differt, sit in medio. certius dicam, in hac non quæri, num mancipium fuerit in causa redhibitionis: sed hoc tantum, an sit redhibitum. nec immerito ex sententia Ulpiani: causati, iniquum esse, posteaquam venditor recipiendo mancipium agnovit, id in causa redhibitionis esse, tunc quæri, debuerit redhiberi, an non debuerit. igitur nec de tempore quæri, an intra tempora redhibitus esse videatur, Ulpianus sinit. Illud plane addit *§. 18.* hanc actionem exigere, redhibendum esse servum: ceterum deficere istam actionem, etiam si nudo consensu placuerit, ut redhibeatur. conventionem ergo de redhibendo non facere huic actioni locum, sed ipsam redhibitionem. præterea addit *§. 19.* etiam debere per hanc actionem restitui quod ei servo in venditione accessit.

Ab actione redhibitoria qua de egi, gradum transfero ad actionem quanto minoris. nam hæc est altera in Rubrica actio. ea alio nomine æstimatoria appellatur *l. 18. & l. 43. §. 6. h. t.* causa nominis est: quod hac agitur ab emptore, volente mancipium vitiosum aut morbosum retinere, non quidem pretio hoc quod promisit ignarus vitii aut morbi: sed quanti eo deprehenso id re vera esse judicabitur, detracto quod est initium. De ea actione confinxit sequens Edicti caput: *Item omnium rerum nomine qua supra scripta sunt, quanto minoris mancipium, cum veniret fuerit, intra annum quo primum experiundi potestas erit, iudicium dabimus.* In hoc capite primum observabo, quod hæc actio, quamquam est rei persecutoria, non est perpetua, sed datur dumtaxat intra annum quo primum experiundi potestas erit, qui annus utilis vocatur *l. 19. §. ult. h. t.* Altera observatio erit: quod Aediles hac actione agi permittunt non ex una morbi aut vitii specie, sed omnium rerum nomine quæ su-

pra scriptæ sunt. id vero huc pertinet; ut intelligamus, posse hac actione sæpius agi, modo ex hac, modo ex alia, causa: pura, primum propter fugam, deinde propter morbum: quamquam ita, ne emptor lucrum faciat, & bis ejusdem vitii æstimationem accipiat. id ex Juliano recte tradidit Ulpianus *l. 31. §. 16. d. h. t. & l. 32. §. 1. d. de evict.* solo Aedilium proposito, ut indemnus sit emptor. Occurrit & tertia Juliani observatio, ipsa quoque non indigna huc adferri. ea observatio est: quod emptori, si tale est in homine vitium, ut eum ob id empturus non sit, ab Aedilibus permittitur electio, utra actione malit experiri, redhibitoria, an æstimatoria: ita tamen; ut, si una egerit, & deinde ad alteram veniat, per exceptionem rei judicata repellatur. sic Julianus *l. 25. §. 1. d. de except. rei judic.* eo, ut videtur, motus: quod utraque actio licet sit diversa, tamen de eadem re est. idque hoc probat argumento: quod actio quanto minoris, ubi tale est in homine vitium, ut eum ob id empturus non fuerit actor, etiam redhibitionem continet. atqui hac actum est quanto minoris. Non inficior: sed minoris pretii esse dicitur servus, etiam cum est nullius: quomodo etiam minus solutum dicitur, cum nihil solum est *l. 32. d. de verb. signif.* Proinde sic legitur apud Paulum *l. 43. §. 6. h. t.* *Aliquando etiam redhiberi mancipium debet, licet æstimatoria, id est, quanto minoris agamus: nam si adeo nullius sit pretii, ut ne expediat quidem tale mancipium domino habere, veluti si furiosum aut lunaticum sit, licet æstimatoria actum fuerit, officio tamen Judicis continebitur, ut reddito mancipio pretium recipiatur.* Sic Paulus: si recte, probandum est a Juliano *d. l. 25. §. 1.* postquam actum est actione redhibitoria, si deinde agatur actione quanto minoris, locum esse exceptioni rei judicatae.

Ex tribus actionibus quas Aediles emptori pollicentur, explicui duas, redhibitoriam, & quanto minoris. restat tertia in factum actio hisce Edicti verbis comprehensa. *Hoc amplius, si quis adversus ea sciens dolo malo vendidisse dicetur, iudicium dabimus.* Aediles volunt, eum qui adversus ea quæ supra scripta sunt, mancipium sciens vendiderit dolo malo, vitio aut morbo, verbi gratia, dissimulato, non teneri modo actione quanto minoris, & actione redhibitoria, de quibus ante sunt locuti: sed hac in factum quoque. Ad quid? non exprimunt. Sed verisimile est, cogitare id quod interest. Eo me ducunt verba, *Hoc amplius.* quid enim denunciant: nisi quod, præter actionem quanto minoris & actionem redhibitoriam, ambas intra pretium aut æstimationem venditi mancipii consistentes, adhuc proponitur actio, solo illo pretio aut æstimatione non contenta: sed aliud præterea persequens? hoc vero est id quod est interest emptoris, se dolosa venditoris reticentia non esse deceptum. nec dubito; quin ea propter Aediles non ut duas illas priores, ita hanc tertiam indistincte promittunt adversus omnes qui mancipium vendunt, non pronunciato palam morbo aut vitio: sed adversus eum solum qui vitium morbumve sciens dolo malo reticuerit. hoc vero, dic sodes, quid designat? nisi quod nolunt, ad id quod interest agi adversus venditorem vitium aut morbum ejus ignorantem: sed adversus hunc tantum qui mancipium dissimulato vitio aut morbo vendiderit sciens dolo malo. Ita prorsus est: potest quidem venditor actione redhibitoria, & quanto minoris ex hoc Edicto indistincte conveniri ad venditi mancipii pretium sive æstimationem, si sciverit, si ignoraverit vitium morbumve: verum hac in factum actione non potest alias teneri ad id quod interest, quam si mancipium sciens dolo malo vendiderit, emptore de ejus vitio morbove ante non facto certiore.

Alicui videri possit ac hanc in factum actionem le quoque fecit Antoninus *l. 1. C. h. t.* Dicensio cuidam sic rescribens: *Si non simpliciter, sed consilio fraudis servum tibi nescienti fugitivum vel alio modo vitiosum quis vendidit, isque fugitivus abest: non solum in pretium*

pretium servi venditorem conveniri, sed etiam damnum quod per eum tibi accidit, competens iudex (ut jam pridem placuit) *prestari jubebit*. Et moveat eum, quod Antoninus, etsi actionem qua de agit, non discernat, in hac tamen qualiscumque sit, eandem facit decisionem quæ a me facta modo ex *Edilitia* in factum actione. præterea de hac eum loqui actione, aliqua possit esse suspicio ex Rubrica, *De Edilitiis actionibus*. Sed me alio trahunt hæc Antonini verba, *Ut jam pridem placuit*: quæ ad actionem in factum ex *Edilitio Edicto* jam pervetusto, Antonino Principe, accommodari salva veritate nequeunt. Quid ergo? mihi sit probabile, illis Antonini verbis novam indicari Juliani sententiam: qua tum pridem placuerat, etiam in actione empti inter scientem & ignorantem, exemplo *Edilitii Edicti*, hic consimilem facere differentiam, ab Ulpiano (qui sub Antonino floruit) in *pr. l. 13. D. de act. empt.* clare traditam & approbatam. imo ipsum video Ulpianum ibidem §. 3. eandem empti actionem adversus ignorantem venditorem similitudine æquiritatis adhuc longius producere ad id quod interest: similiter non indistincte; sed demum, si ille venditor ignorans furem esse, rogatus, an sit, asseveraverit, esse bonæ frugi & fidum, *ut caro venderit*. sic idoneo sensu edidit Haloander. Florentiæ legitur, *Et caro vendidit*. item non male: modo accipiatur, quasi dicatur, & ideo caro vendidit. Quidquid est, Antoninus, me conjectore, in *l. 1. sequitur*, quod tum pridem Juliano & mox Ulpiano visum in actione ex empto ad imitationem *Edilitii Edicti*. Sic in priorē parte Ulpianus. Quod vero ad posteriorem attinet, præfatur insuper, temerariam venditoris asseverationem ab ejus reticentia callida & dolosa nihil distare: opinatus, mendacium dolo proximum esse: & venditorem quod ignorat, falso asseverantem mentiri. etenim palam præ se ferentem, rem non esse vitiosam aut morbosam, ut caro vendat, hoc ipso tacite indicare, sibi exploratum esse, servum talem esse, qualem eum esse asseverat.

Non faciam rem ingratam Juris Studiosis, superiori interpretationi jungens sequentem *l. 37. D. de dolo malo* quæ est ejusdem Ulpiani, & valde obscura, nec aliunde lucem, quam ex hac *Edicti* parte acceptura: etsi a Juris Architectis sit posita sub Titulo, *De dolo malo*, quasi pendeat ab *Edicto de dolo malo*. quod non puto, neque verum est. Verba Ulpiani apposui: *Quod venditor ut commendet, dicit, quasi neque promissum, neque dictum est. Si vero decipiendi emptoris causa dictum est, æque sic habendum est, ut non nascatur adversus dictum promissumve, sed de dolo malo*. Primum ait Ulpianus, venditorem aliquid commendandi causa dicentem, licet aliter se res habeat, quam dixit, propterea non teneri actione *Edilitia* ad redhibendum: verissima hac ratione, quod perinde habetur, ac si non esset dictum aut promissum. Hoc: si venditor quid commendandi causa dixit, non decipiendi emptoris consilio. Sed fac, contrario dixisse proposito: Ulpianus æque habendum esse ait, ut non nascatur actio adversus dictum promissumve. Sensus Ulpiani, adhuc non nasci actionem redhibitoriam ab *Edilibus* hac ex causa solitam promitti, quod sit factum adversus dictum promissumve. Hoc puto eo securius: quia eadem plane loquendi forma utitur Pomponius *l. 64. §. 1. & Paulus l. 47. D. h. t.* Porro, ut commendandi causa aliquid sit a venditore dictum, decipiendi emptoris causa; tamen vel sic dictum est, non ut præstetur, sed ut commendetur, ideoque adhuc pro non dicto habetur. Ceterum quia emptor vel tali casu a sciente venditore dolo malo est deceptus adversus ea quæ sunt in *Edicto* supra scripta: optime ait Ulpianus, de dolo, id est, propter dolum, actionem dari. Quam? in factum ex hoc *Edilitii Edicti* capite, vel si mavis, ex empto: sed utramvis intelligas actionem: scire te oportet cessare Prætoriam de dolo actionem: numquam solitam dari, si alia sit *l. 1. §. 1. D. de dolo malo*. Ita mihi persuadeo, & ut dixi, verba, *de dolo*, Ulpiano valere propter

dolum: quomodo voculam, *de*, sæpe usurpari, suis exemplis ostenderunt Eruditissimi Viri, Gulielmus Budæus *Annot. priorib. ad Pandect. p. 349.* & Johannes Ker *lib. 1. Select. de ling. Latin. observ. lit. D.*

Postremo ajunt *Ædiles*, *De mancipio quod ei rei accessit qua minoris esset*, judicium non dabimus. Probationem hujus partis præbet Paulus *l. 44. D. h. t.* simul rationem, quam exponit D. Cujacius *lib. 16. Observ. c. 20.*

Tenes primum *Edicti* caput. quod alterum? sic ajunt *Ædiles*: *Qui jumenta vendunt, palam recte dicunt, quid in quoque eorum morbi vitique sit: uti qua optime ornata vendendi causa fuerint, ita emptoribus tradentur. si quid ita factum non erit, de ornamentis restituendis, jumentisve ornamentorum nomine redhibendis, in diebus sexaginta: morbi autem vitivæ causa inemptis faciendis, in sex mensibus: vel quo minoris, cum venient, fuerint, in anno judicium dabimus. si jumenta paria simul venerint & alterum in ea causa fuerit, ut redhiberi debeat, judicium dabimus, quo utrumque redhibeatur*. Sic proditur ab Ulpiano *Edictum l. 38. pr. D. h. t.* sed ex §. 5. mox sequente intelligitur, adhuc fuisse illi subjectum hoc elogium: *Quæ de jumentorum sanitate diximus, de cætero quoque pecore omni venditores faciunt*. Loquuntur igitur, ut Ulpianus notat §. 1. *d. l.* in hoc *Edicto* *Ædiles* de jumentis. Et est causa hujus *Edicti* eadem quæ mancipiorum redhibendorum §. 2. Jumentorum autem appellatione an omne pecus contineatur, quaesitum fuisse ait. sic autem respondet: Et difficile est, ut contineatur. Verba hæc esse negantis contineri, pluribus demonstravi nuper *lib. De form. emendand. doli mal. c. 12.* & probant sequentia Ulpiani verba: nam aliud significant jumenta, aliud significatur pecoris appellatione. idcirco elogium huic *Edicto* subjectum est, cujus verba hæc sunt. Quæ de jumentorum sanitate diximus, de cætero quoque pecore omni venditores faciunt. unde dubitari desinit, an hoc *Edicto* boves quoque contineantur. etenim jumentorum appellatione non contineri eos, verius est. sed pecoris appellatione continebuntur.

Deinde ajunt *Ædiles*, *Palam recte dicunt, quid in quoque eorum morbi vitique sit*. Ad hæc verba Ulpianus *l. 38. §. 3.* sic scribit: Et vere eadem sunt in his, quæ in mancipiis, quod ad morbum vitiumve attinet. Inde sic infert: quidquid igitur hic diximus, huc erit transferendum. non tamen hoc sine exceptione: nam (quod mox observat §. 7.) sunt quædam quæ in hominibus quidem morbum faciunt, in jumentis non adeo. ac ne exemplum quaestioni esset, sic pergit: ut pura, si mulus castratus est, neque morbi neque vitii quid habere videtur, quia neque de fortitudine quid ejus detrahitor, neque de utilitate: cum ad generandum numquam sit habilis. Cælius quoque scribit, non omnia animalia castrata ob id ipsum vitiosa esse, nisi propter ipsam castrationem facta sunt imbecilliora: & ideo mulum non esse vitiosum. Idem refert, Osilium existimasse, equum castratum sanum esse; sicut spado quoque sanus est. sed si emptor ignoravit, venditor scit, ex empto esse actionem.

Jubent igitur *Ædiles*, eos qui jumenta vendunt, palam recte dicere, quid in quoque eorum morbi vitivæ sit. De dicto promissove, nihil edicunt, quantum ex verbis liquet. Verum Ulpianus §. 10. *d. l. 38.* ita scribit, puto, ex mente *Ædiliū*: *Non tantum ob morbum vitiumve redhibitio locum habebit in jumentis, verum etiam, si contra dictum promissumve, erit locus redhibitioni exemplo mancipiorum*. Sic editur: sed deest aliquid, hac forma supplendum. *Si contradictum promissumve ERIT locus redhibitioni, exemplo mancipiorum*. Ea forma significatur, *Si contradictum promissumve erit: erit locus redhibitioni, &c.*

Porro ajunt *Ædiles*, *Uti qua optime ornata vendendi causa fuerint, ita emptoribus tradentur*. Melius fortassis legetur, *traduntur*: quo modo in quibusdam

dam libris esse, refert Russardus *Not. Marginalib.* Vendendi autem causa, ut Ulpianus *l. 38. §. 11.* scribit, ornatum jumentum videri Cælius ait, non si sub tempus venditionis, hoc est, biduo (id est, aliquo tempore) ante venditionem ornatum sit: sed si in ipsa venditione ornatum sit: aut ideo, inquit, venale cum esset, inspicere. semperque cum de ornamentis ageretur, & in actione, & in Edicto adjectum est, vendendi causa ornata ducta esse: poterit enim jumentum ornatum itineris causa duci, deinde venire.

Loquuntur igitur Ediles de jumentis emptori a venditore tradendis ita, uti vendendi causa fuerint optime ornata; de mancipiorum vero ornamentis, quantum ad verba, nihil edicunt. Videtur tamen vel in his idem quod de illis, receptum similitudine rationis: quando venalitarii, id est, mangones, æque hæc atque illa quo pluris venirent, cum ornamentis vendebant, alludit huc apud Plautum *Parasitus Scicho l. 2. 18.* fuitque inde quaesitum, mancipio vendito, an ornamentis appellatione annulus signatorius contineatur? nimirum habebant etiam servi annulos non solum ferreos, sed argenteos quoque & aureos: non quidem gestaturi eos: (erat enim hoc dignitatis, & ultra servilem conditionem) sed signaturi ea quæ erant administrationis eorum, ne a conservis raperentur, puta, esculenta, potulenta, alia, annulo signati solita, auctore Plinio *lib. 33. Hist. nat. c. 1.* Spectat huc *l. 74. D. de verb. signif.* quæ est ex Pauli *lib. 2.* Ad Edictum Edilium Curulium, ait vero ille, *Signatorius annulus ornamentis appellatione non continetur.* Sine dubio, quia utilitatis & necessitatis gratia, non ornandi corporis & venustatis, gratia habetur. illa enim ratione ne ingenuorum quidem hominum annulos signatorios ornamentis annumerari, Ulpianus probat *l. 25. §. 10. D. de aur. arg. leg.*

Porto ajunt Ediles, *Si quid ita factum non erit, de ornamentis restituendis, jumentisve ornamentorum nomine redhibendis in diebus sexaginta: morbi autem vitiove causa inemptis faciendis in sex mensibus: vel quo minoris cum venirent, fuerint, in anno judicium dabimus.* Hæc verba non egent explicatione: ultro clara sententia. saltem adscribam sequentem Ulpiani admonitionem ex *§. 3. l. 38.* *Et si mortuum fuerit jumentum, pari modo reddendum erit, quemadmodum mancipium potest.*

Sequitur in Edicto: *Si jumenta paria simul venierint, & alterum in ea causa fuerit, ut redhiberi debeat, judicium dabimus, quo utrumque redhibeatur.* Ediles volunt, pluribus jumentis, duobus, verbi gratia, venditis, si unum sit in ea causa, ut propter vitium redhiberi debeat, non id redhiberi solum quod est vitiosum: sed etiam alterum, etsi non sit vitiosum: non tamen sic semper atque indistincte observari: sed tum deum, si illa simul venierint, & tamquam

paria. nam si non simul fuerint vendita, nec tamquam paria, etsi plura venierint, non omnia esse redhibenda, Ulpianus observat *l. 38. §. 12. h. t.* idque sic confirmat: Nam & si vitiosum sit unum jugum, non tamen propter hoc cætera juga redhibebuntur. Atque ita est, cum jumenta paria veniunt, puta una biga, sive unum jugum, Edicto expressum esse, Ulpianus ait *§. 14. d. l.* ut cum alterum in ea causa sit, ut redhiberi debeat, utrumque redhibeatur. additque, in ea re tam emptori, quam venditori consuli, dum jumenta non separantur.

Sic: si biga vendatur, quid, si triga, aut quadriga sit? simili modo, inquit Ulpianus, redhibenda erit rota. Bigæ autem appellatio, ut hoc exponam, non significat currum cui juncti sint equi duo: sed est nomen numeri; indigentis duos equos etiam sine currum, etsi comparentur plerumque, ut jungantur currui. similiter triga & quadriga etiam sine currum intelligitur de tribus aut quatuor equis currui jungi solitis: ut notavi *lib. 2. De usufructu c. xl.* & pluribus probat hic Dionysius Gorhofredus. Dixi, quid juris sit in uno pari mularum. sed fac, duo esse, & unam mularum vitiosam esse, vel par. ait Uldianus; solum par redhibebitur, alterum non. Ita si jam paria sint constituta. Cæterum, si nondum sint constituta paria, sed simpliciter quatuor mularum uno pretio venierint, unius, inquit, erit mularum redhibitio, non omnium: & addit: *Nam & si polia venierint, dicemus, unum equum qui vitiosus est, non omnem poliam redhiberi oportere.* Johannes Cruceus Picardus, *Notis ad h. l.* poliam interpretatur gregem equorum: qui grex ab Ulpiano *l. 1. §. ult. D. de rei vindic. §. 1. 12. §. 4. D. de usu & habit.* equitium dicitur. Quæ de jumentis diximus, hæc (inquit Ulpianus *d. §. 14. l. 38.*) & in hominibus dicemus, pluribus uno pretio distractis: nisi si separari non possint, ut puta, si tragædi vel mimi, ex Paulo additur *l. 39.* vel fratres: hi enim non erunt separandi *l. 40. h. t.* Seneca Pater, *Excerpt. Controu. lib. 9. Declam. 3.* *In auctionem fratres productos quamvis hostilis hasta non dividit. Plus quiddam est geminos esse, quam fratres. perdit uterque gratiam suam, nisi cum altero est.*

Tertium caput Edicti ex Ulpiano & Paulo *l. 40. §. 1. & seqq. h. t.* sic extat: *Ne quis canem, verrem, vel minorem aprum, lupum, ursum, pantheram, leonem, aliudve quod noceret animal, sive soluta sint, sive alligata, ut contineri vinculis, quo minus damnum inferant, non possint, qua vulgo iter fiet, ita habuisse velit: ut cuiquam nocere, damnumve dari possit: si adversus ea factum erit, & homo liber ex ea re perierit, solidi ducenti: si nocitum homini libero esse dicetur, quanti bonum equum judicii videbitur, condemnnetur: cæterarum rerum, quanti damnum datum factumve sit, dupli.*

TITULUS II.

De evictionibus & duplæ stipulatione.

Partes Rubricæ duæ sunt: una de evictionibus, altera de duplæ stipulatione. Est autem evictio, rei emptæ ablatio per judicem jure facta. dicta a vincendo; præpositione verbi potestatem augente. nam vincere est, victoriam obtinere. evincere est, victoriam exequi, sive, ut ostendi sub Titulo, *De inofficioso testamento*, per victoriam auferre vel abducere. is enim in rei vindicatione est victoriæ finis: ideoque executio, ejus ablatione, ejus ablatione aut abductione constans, ab Ulpiano extremum jurisdictionis vocatur *l. unic. §. 1. D. Si quis jus dicenti non obtemp.* Hoc modo evinci dicitur res emptæ; cum dominus aut creditor jure domini aut pignoris emptori per Judicem aufert ei venditum & traditum ab aliquo qui non habebat vendendi ac tradendi facultatem. idem-

que est, si Judex emptore agente adversus rei emptæ possessorem, eum absolvat. Adeo evicta res est: sive emptori convento per Judicem est post sententiam ablata: sive eo agente est a possessore retenta. De utraque evictionis parte prodita a Veteribus est Formula stipulationis: quam Rubrica vocat duplæ stipulationem: quia in eam inducebatur duplum pretii, re evicta. E re erit, illam Formulam apponi: plerisque hujus Tituli Fragmentis ab ejus explicatione pendentibus. Videtur autem ita concipi posse. Eam rem quam a te emi, mihi habere licere: & si ea res a me petita erit, vel si eam ab alio petiero, eam recte defendere, postquam tibi heredive tuo denunciavero: & si ea res mihi evicta erit, vel si eam ego a possessore evincere non potuerim, tum duplam mihi recte præstari,

stari, dolumque malum abesse, & absurdum esse, spondes? Tenes Formulam, petis probationem, accipe, & subjectam interpretationem.

Prima observatio erit, in illa Formula non postulari satisfactionem: sed repromissionem. Vulgus quidem credidit, fideiussorem quem auctorem secundum vocant, re tradita dari oportere: sicut in mancipatione hoc invaluisse, nisi contrarium placuisset, Varro auctor est lib. 5. De ling. Lat. pag. 92. Sed quidquid vulgus putarit, aliud obtinuit: Formula stipulationis duplae nuda repromissione contenta, nisi aliter convenerit, id intelligitur ex l. 37. l. 4. l. 56. D. b. t. l. 1. §. 8. D. de prator. stipul. & annotavit D. Cujacius lib. 11. Observ. c. 4. idem suspicatus lib. 21. c. 15. in d. l. 4. pro mancipationem esse legendum, mancipio. quod & mavult Salmasius De usuris c. 8. sed veterem lectionem tuetur Heraldus, Animadvers. in Salmas. observ. lib. 4. c. 2. §. 3. Altera observatio erit: quod duplae stipulatio concepta dumtaxat est de emptione: sicut ob hanc est inventa, nec idcirco respuit alios contractus. Hoc constat fide Ulpiani l. 52. D. d. t. atque opinati, id fieri non oportere. Verba ejus sunt: Sciendum est, nihil interesse, ex qua causa dupla stipulatio fuerit interposita, utrum ex causa emptionis, an ex alia, ut committi possit. Præter hæc observandum, angustos esse actionis ex dupla fines: ut est stricti juris stipulatio; & tantum concepta in duplum pretii: manifesto in stipulatione; quidquid adstringendæ obligationis est, nisi palam verbis exprimitur, omisum intelligi l. 99. D. de verb. oblig. Inde factum, ut facile deficiente ex dupla actione, sæpe fuerit necesse, confugere ad actionem ex empto: quæ ut est bonæ fidei, & æquitati serviens, multa complectitur, ad quæ non pertingit rigor actionis ex dupla. Obiinet igitur ex dupla actio, evicta re emptæ, in duplum pretii: modo intervenerit de duplo stipulatio. at hac omiſſa, quantumvis sequatur evictio, cessat actio ex dupla; & pro ea subjicitur ex empto actio ad id quod interest l. 1. D. de act. empt. hoc est, lucrum cessans, & damnum emergens l. 13. D. Rat. rem. hab. Javolenus l. 60. D. h. t. sic exprimit: Si in venditione dictum non sit, quantum venditorem præstare oporteat: nihil venditor præstabit, præter simplicem evictionis nomine, & ex natura ex empto actionis hoc quod interest. Obscurior est Javoleni sermo: sed lucem dabit hoc Pauli l. 43. D. de act. empt. ad fin. Nam empti iudicium ad eam quoque speciem sufficere existimo? non enim pretium continet tantum, sed omne quod interest emptoris servum non evinci. Et in l. 70. D. b. t. Evicta re ex empto actio non ad pretium dumtaxat recipiendum, sed ad id quod interest competit. Secundum hæc putemus, a Javoleno significari, actionem ex empto dari ad id quod interest, atque in eo pretium contineri. Vel hoc notari dignum est; quod cum dico, eam persequi omne quod emptoris interest: non idcirco volo, eam emptoris utilitatem persequi in infinitum. non enim est ita: & ad rem Paulus d. l. 43. ad fin. Plane, inquit, si in tantum pretium excedisse proponas, ut non sit cogitatum a venditore de tanta summa; veluti si ponas agitatore postea factum, vel pantomimum, evictum esse eum qui minimo venit pretio: iniquum videtur in magnam quantitatem obligari venditorem. Quid ergo est? Sic temperanda in proposito ejus quod interest æstimatio est: ne excedat modum dupli. licebitque temperamenti causam petere ab officio Judicis: assueti in bonæ fidei iudicis emollire & moderari affectiones asperas atque immoderatas: qualis in proposito visa est quæ excedit duplum: utique postquam placuit Prudentibus, formulam stipulationis in casu evictionis plerumque retinere intra finem dupli. nec miramur, quod est moris ac consuetudinis, id in bonæ fidei iudicio servari. Ipse sic Paulus lib. 2. Sentent. tit. 17. Verba Pauli: Si res simpliciter tradita evincuntur, tanto emptori venditor condemnandus est, quanto si stipulatione pro evictione cavisset. Evicta igitur re emptæ, competit emptori adversus venditorem ex dupla actio, si intervenie-

rit duplae stipulatio: alioquin ex empto ad id quod interest, non in infinitum, sed intra duplam. & ita Africanus l. 44. D. de act. empt. Quid, si res non emptæ sit, sed in solum data? etiam hic cessat directæ ex empto actio; cum non sit emptio. nihilominus habet illa solutio vicem emptionis, id est, similem causam æquitatis: nec male placuit, utilem ex empto actionem dari ad id quod interest l. 4. C. b. t. idemque vel simile receptum in permutatione per actionem præscriptis verbis l. 29. C. d. t. & in divisione hereditatis l. 66. §. ult. D. h. t. l. 14. C. Famil. ercisc.

Sed propius videnda Formula duplae stipulationis. Ait, Eam rem quam a te emi, mihi habere licere spondes? Convenienter naturæ emptionis: solum agentis, ut venditor emptori tradat vacuum possessionem l. 11. §. 2. D. de act. empt. Non igitur tenetur emptorem facere dominum: sed ei præstare habere sine interpellatione. Hoc indigitat Ulpianus l. 38. §. 2. D. de verb. oblig. ad hanc formulam sic scribens: Sed quatenus habere licere videbitur? Si nemo controversiam faciat. Nec male Pomponius l. 2. D. de act. empt. Ratio possessionis quæ a venditore fieri debeat, talis est, ut, si quis eam possessionem iure advocaverit, tradita possessio non intelligatur. Forte poterat sufficere hæc obligatio: quippe spectans ad id quod emptoris interest, nisi ei sit paritum. utile tamen visum est, emptori vel duplae stipulatione consulere: ne ei opus sit probare, quanti ipsius interfit, rem non esse evictam: nam hoc in facto consistit l. 24. D. de reg. jur. & plerumque est difficilis probationis; eoque ad exiguam summam deducitur l. ult. D. de prator. stip. Videamus igitur, quid his verbis, Habere licere, comprehendatur. Ulpianus in l. 38. D. de verb. oblig. hanc explicans formulam, sic scribit: Stipulatio ista, Habere licere, spondes? hoc continet, ut liceat habere, nec per quemquam omnino fieri, quo minus habere liceat: quæ res facit, ut videatur reus promississe per omnes futurum, ut tibi habere liceat. Hoc vero cum non esset sine difficultate, eam Ulpianus his proponit verbis: Videtur igitur alienum factum promississe, nemo autem alienum factum promittendo obligatur. Sed hanc mox sic solvit: Sed se obligat, ne ipse faciat, quo minus habere liceat. Significat vero; quod hoc modo venditor non simplex abnuntivum spondet; sed curaturum se, ut stipulatori habere liceat. quomodo fere interpretatur Paulus l. 83. & ipse Ulpianus l. 50. D. eod. tit. nec tamen vel illa interpretatio generaliter fuit accipienda, ne per omnes fiat: sed ne fiat per eos in quos venditor jus prohibendi habet: quales sunt ejus heredes; ut in l. 24. §. 6. D. de damn. infect. Proinde indigitat Ulpianus d. l. 38. venditorem his verbis, Habere licere, obligari; ne heres suus efficiat, ne habere liceat. puto, quod, quod heres defunctum representans, ejus factum præstare debet l. 143. D. de reg. jur. addit Ulpianus, vel quis ceterorum successorum efficiat, ne habere liceat: iisque verbis heredis heredes & deinceps intelligit d. l. 38. §. 2. Pergit Ulpianus d. l. §. 1. & 2. Sed si quis promittat, per alium non fieri, præter heredem suum: dicendum est, inutiliter eum promittere factum alienum. at si quis velit (id est, si quis tamen velit) alienum factum promittere; poenam vel quanti ea res sit, potest promittere.

Porro ait Formula: Si ea res a me petita erit, vel si eam ab alio petiero, eam rem recte defendere, postquam tibi hereditate tuo denunciavero. Formula vult, venditorem spondere, se emptorem rei, si per alium petita erit; vel si ipse eam, amissa possessione, ab alio petierit, recte defensurum esse. Utriusque partis probatio l. 16. §. 1. D. h. t. & l. 75. §. 1. D. de procuratorib. Tenetur igitur venditor emptori in iudicio adesse, eumque recte defendere. quamquam non alias, quam si emptor illi litem ante denunciaverit. Modestinus l. 63. §. 1. D. h. t. exigit, auctorem laudari. eodemque verbo utitur Pomponius l. 6. §. 5. D. de act. empt. sed ex pr. d. l. 63. dicitur, litis denunciationem ea locutione intelligi. Jam laudare præca-

lingua & in civilibus actionibus esse nominare, dudum est ab aliis observatum. Vult igitur Formula stipulationis duplæ, venditori, ut actione ex dupla uti possit, litem ab emptore denunciari. idemque in actione ex empto, & simplici ex stipulatu actione obtinuisse, indicat Alexander l. 8. C. h. t. maxime, si præsens sit venditor. nam si absens sit, aut præsens faciat, quo minus ei denunciatur: placuit Veteribus, duplæ stipulationem vel sine denunciatione committi l. 55. §. 1. D. h. t. Illud parum refert, quo tempore fiat denunciatio. itaque de eo in Formula nihil adjecti: ex monitu Pomponii l. 29. §. 2. D. d. t. sic scribentis: *Quolibet tempore venditori renunciari potest, ut de ea re agenda adsit.* Qua ratione? ait Pomponius: *Quia non præfinitur tempus in ea stipulatione.* Unum tamen præcipit observari: *Dum ne prope ipsam condemnationem fiat.* Sic Pomponius; & clare. At enim Javolenus l. 29. §. 3. D. de legat. lib. 3. *Denunciari, inquit, debere, priusquam iudicium accipiat.* Id vero creditur sonare, priusquam lis contestetur. Ne ipse quidem inficior sæpe dici, iudicium accipi, cum lis contestatur: sed hoc non est perpetuum. imo lib. 3. De fœnor. & usur. c. 15. jam observavi, iudicium aliquando sumi pro sententia: ut in l. 1. C. Si advers. rem judic. & l. 46. §. 3. D. de admin. tut. proinde liceat mihi, evitandæ pugnæ gratia, per iudicium in d. l. 29. §. 3. exaudire sententiam: sicut in ambigua voce legis solemus eam accipere significationem quæ vitio caret: cum præsertim voluntas legis etiam ex hoc colligi possit l. 19. D. de legib.

Pergit stipulatio: *Et si ea res mihi evicta erit, vel si eam ego a possessore evincere non potuerim.* Stipulatio significat, actionem ex dupla committi, si res emptæ sit evicta: sive quod emptori convento per Judicem est ablata: sive quod eo agente, per Judicem a possessore est retenta: ut paulo ante demonstravi. Nunc tractandum, quando res evicta dicatur. ad hoc tria desiderantur. primum est, ut res sit ablata: alterum ut sit iudicio ablata: tertium, ut sit jure ablata. Primum oportet rem, ut evicta sit, ablatam esse. videtur autem ablata, si evicta; cum emptori eam habere non licet, contra, si eam possidet; neque ablata, neque evicta est; ideoque non potest ex dupla agi: quantumvis constet, venditam, ac traditam esse rem alienam aut alteri obligatam l. 3. C. h. t. nec hoc inique: ubi emptori licet rem habere: atque (ut in explicatione Formulæ stipulationis ait Ulpianus) habere dupliciter accipitur: nam & eum habere dicimus qui rei dominus est: & eum qui dominus quidem non est, sed tenet: denique habere rem depositam solemus dicere l. 38. §. 9. D. de verb. oblig. Sit ita, nondum mota emptori controversia de proprietate. sed finge, jam motam esse. nihil muto: certus, ab executione non inchoari iudicium: sed prius esse, ut servato ordine actio adversus reum dirigatur, & causa cognita sententia accipiat l. 1. C. de execut. rei judic. quod si est: putemus, emptore inter moras iudicii rem emptam possidente, eam nondum intelligi evictam; quam ei interim habere licet. & recte Hermogenianus l. 74. §. 2. D. h. t. *Mota, inquit, questione, interim non ad pretium restituendum, sed ad rem defendendam venditor conveniri potest.* Plus dicam: ne lata quidem adversus emptorem sententia, ut ipse victus sit, res evicta est: quamdiu ei per executionem ablata non est: quia tamdiu ei habere licet; & potest multis modis accidere, ut victor ad executionem deveniat numquam. Hac ratione Paulus l. 35. D. h. t. *Evictus, inquit, a creditore (servus) tunc videtur, cum fere spes habendi abscissa est.* atque inde sic commode argumentatur: *Itaque si Serviana actione evictus sit, committitur quidem stipulatio, sed quoniam soluta a debitore pecunia potest (emptor) servum habere, si soluto pignore venditor conveniatur, poterit uti doli exceptione.* Simili modo Gajus l. 57. D. eod. tit. negat, emptori tunc competere ex stipulatu actionem, si is qui cum in evictione rei vicerit, ante ablatam vel abductam

rem (id est, ante executionem) sine successore decesserit: ita ut neque ad fiscum bona pervenire possint (forte non facta nunciatione intra quadriennium l. 1. §. 2. D. de jur. fisc.) neque privatim a creditoribus distrabi. (quia nulli sunt privati creditores) Nec piget me adjectæ rationis, *Quia rem habere ei licet.* Non minus vera est Gaji illatio, inde sequens in §. 1. *Et si ab eo qui vicerit, donata legatave res fuerit emptori, eque ex stipulatu actionem non nasci: scilicet* (hanc addit moderationem) *si antequam abduceret vel auferret, donaverit aut ligaverit: alioquin semel commissa stipulatio resolveri non potest.* Non dissimilis est casus quem apud Ulpianum tractat Julianus l. 21. §. 2. D. d. t. opinatus, si emptor hominis, id est, servi, mota sibi controversia, venditorem dederit procuratorem, isque victus litis æstimationem sustulerit, stipulationem duplæ non committi. hac ratione: quia nec mandati actionem procurator hic, idemque venditor habet, ut ab emptore litis æstimationem consequatur. Igitur eam neque corpus, neque pecunia, emptori ablit; & adeo res in hunc redit locum, ut emptori, quamquam victo, liceat rem emptam pleno jure habere: optime concludit Ulpianus, non oportere stipulationem committi. Rem in pauca confert sequens Pomponii definitio in l. 16. §. 1. D. h. t. *Dupla stipulatio committi dicitur tunc, cum res restituta est petitori, vel damnatus est litis æstimatione, vel possessor ab emptore conventus absolutus est.* Pomponius tria dicit: primum, actionem ex dupla obtinere; cum petitori res ab emptore officio Judicis est restituta: scilicet, quia apparet, ei ablatam esse. Deinde ait, actionem ex dupla obtinere, si damnatus solverit litis æstimationem. & hoc recte: nam ut liceat ei hac in specie habere rem ipsam; tamen ablata æstimatione, non intelligitur eam habere ex venditione qua de quaeritur. quia si rationem totius inimus negotii: perinde est, ac si rem emptam victori restituisset emptor; deinde eam ab illo rursus emisset: explorato, litis æstimationem esse emptioni similem l. 3. D. Pro emptore. Sed Palam scribit Ulpianus l. 21. §. 2. D. h. t. *Si ipse (emptor) iudicio accepto victus esset, & litis æstimationem sustulisset, placeat committi stipulationem: ut & ipse Julianus eodem libro scripsit, neque enim habere licet eum (servum) cujus si pretium quis non dedisset, ab adversario auferretur: prope enim hunc ex secunda emptione, id est, ex litis æstimatione, emptori habere licet, non ex pristina.* Postremo monet Paulus, duplæ stipulationem committi: si possessor ab emptore conventus, absolutus est. nam & sic habendi spes abscissa est. Sed hoc in antecessum traditum aliquoties.

Quæ dixi, vera sunt; si venditor ignorans rem alienam vendiderit bona fide: nam si sciens alienam vendiderit; ait Africanus, emptori etiam, priusquam evincatur, competere ex empto actionem in id, quanti ejus interest, suam esse factam: & præfatur, quamvis alioquin verum sit, venditorem hætenus teneri, ut rem emptori habere liceat; non etiam, ut ejus faciat: quia tamen dolum malum abesse præstare debet, teneri eum qui sciens alienam, non suam ignoranti vendidit l. 30. §. ult. D. de act. empt. Præterea æquum visum est, jam tradita a venditore re vendita, & pretio nondum ab emptore soluto, si de dominio moveatur questio, emptori per exceptionem succurri adversus venditorem, pretium petentem: nisi paratus sit, ei evictionis nomine idoneos præstare fidejussores l. 24. C. h. t. l. 18. §. 1. D. de peric. & commod. rei vend.

Non est satis ad evictionem, rem emptam emptori esse ablatam: sed ei per Judicem ablatam esse oportet. non enim est evictio nudi facti, sed juris nomen: omni privata vi, post inventas civiles societates & iudicia constituta, legibus interdicta. Hoc modo evincere est, per legitimos tramites evincere; sive iudicio auferre: ab eaque causa aliquando fit mentio evictionis iudicio, item per iudicium, sive per iudicem, factæ l. 22. §. 1. & l. 24. D. h. t. Quod si aliter rem habe-

habere emptor desinat ; non dicitur evicta , tantum quia non est per Judicem ablata , sive evicta *l. ult. C. de act. empt.* Præterea ait Venulejus *ult. D. h. t.* si mihi alienam rem tradideris , & eandem habuero pro derelicta , amitti auctoritatem , id est , actionem de evictione. Idem , si emptor rem tradiderit citra Judicis auctoritatem *l. 17. C. h. t.* De compromisso dubites : quia compromissum a Paulo *l. 1. D. de receptis* dicitur redigi ad similitudinem judiciorum , & ad finiendas lites pertinere. Sed quod Paulus dixit *d. l. 1.* non per omnia verum est : in proposito vero alia judicii ratio , alia compromissi : alterum inter volentes , alterum inter invitos , exercetur. ipse sic Paulus *l. 56. §. 1. D. h. t.* Si compromiserō , & contra me data fuerit sententia , nulla mihi actio danda est adversus venditorem : nulla enim cogente necessitate id feci.

Ex tribus requisitis , quibus res evicta æstimatur , restat tertium : quod est , rem jure ablatam esse oportere ; puta , quod non licet emptori eam per venditorem habere , vendita re aliena , aut alteri obligata , nullo jure. sane , quod a Pomponio notatum , duplæ stipulatio non unam continet evictionem : id est , non unam evictionis formam. nec interest , quo genere judicii evincatur , ut emptori habere non liceat : modo jure factum sit. exemplum Pomponii unum , si in judicio communi dividundo adversario adjudicatus sit servus : quia probavit , eum communem esse ; id est , ex parte alienum. huic exemplo accedit alterum : si quis dominium perierit , & evicerit : item , si quis Serviana actione experietur. igitur evicta res intelligitur , si sit jure ablata *l. 34. §. 1. & 2. D. h. t.*

Quid si aliter sit ablata ? nulla evictio est. exemplum tale apud Ulpianum *l. 21. D. h. t.* si servus decesserit , antequam evincatur. additur ratio elegans : quod nemo eum evincit , sed factum humanæ sortis. sensus : Per venditorem licebat emptori servum habere. per fatum non licebat. mori vero est , conditio communis omnium hominum : ea non onerat venditorem ; cum ab eo non pendeat. Si tamen dolus intercesserit : non intercedit Ulpianus *d. l.* quo minus actione ex empto (sic cenfeo) de dolo agi possit. Similis fuerit deliberatio : an evicta videatur res ; si emptori Judicis injuria auferatur. At ne tum quidem evictio intelligitur : quia non est jure ablata res quam Judicis injuria abstulit *l. 8. l. 15. C. h. t.* nec interest , utrum ejus imprudentiæ , errori , stultitiæve , imputetur , an sordibus : utro enim modo fiat , cur auctorem contingat : cujus vitium non est *l. 51. D. d. t.* ac valde probo hoc Pauli *l. 67. D. de fidejussorib.* Injuria qua tibi facta est , penes te manere , quam ad alium transferri æquius est. addit tamen : Scilicet , si culpa tua injuste damnationis causam præbueris. Hæc adjectio non placet Jacobo Cujacio : existimanti , esse imperiti Interpretis. Sed mihi videtur habere temperamentum a ratione non alienum. præterea animadverto , eo uti quoque Javolenum *l. 66. D. Solut. matrim.* & Pomponium *l. 29. §. 1. D. h. t.* Servandum igitur meo judicio.

Ut igitur evicta res intelligatur , ablatam esse oportet. Quid , si emptoris culpa fuerit evicta ? non est jure evicta , sed vitio emptoris : quod venditore nocere non debet. Tale vitium est ; si emptor auctori suo litem non denunciavit : hoc est , eum non convenit ad rem defendendam. id enim negligere eum , non finit providentia stipulationis duplæ : cum alioquin possit videri litem amisisse : non quod malam haberet causam ; sed quoniam parum instructus erat *l. 53. §. 1. D. h. t.* Occurrit hic & aliud culpæ exemplum , si emptor a judicio abfuit *l. 8. C. h. t.* nam si ideo contra eum judicatum est , quod ipse defuit , non committitur stipulatio ; quasi magis propter absentiam victus videatur , quam ob malam causam *l. 55. d. t.* Idem dicit Modestinus *l. 63. §. 2. D. eod.* si emptor appellavit , & bonam causam vitio suo ex præscriptione perdidit : id est , quia non observavit fatalia appellationis. Præterea ait Pomponius *l. 27. D. h. t.*

quod hoc jure utimur : ut , si obstant exceptiones ex persona emptoris objectæ , venditor ei non teneatur ; si vero ad personam venditoris respiciant , contra certe nec ex empto , nec ex stipulatione duplæ , nec simplæ competit emptori , si ei exceptio ex facto ipsius opposita , obstiterit. Quod si ex utriusque persona & auctoris & emptoris exceptiones objiciuntur : intererit , propter quam exceptionem Judex contra judicaverit : & sic aut committetur , aut non committetur , stipulatio *l. 28. d. t.* Merito ; quia æquum est , unicuique factum suum , non adversario nocere *l. 155. D. de reg. jur.*

Habet igitur actio de dupla locum : si emptori rem habere non licet , eo quod evicta est : qualis qualis sit , corporalis , ut fundus , servus , ancilla , vacca *l. 1. l. 16. §. 2. l. 42. & 43. D. h. t.* an incorporalis , ut hereditas *l. 1. C. d. t.* amplius observat Ulpianus *d. l. 1.* hoc procedere , sive tota res evincatur , sive pars ; ac possit ratio videri , quod toti pars inest ; & quod de toto dicitur , plerumque de partibus intelligitur ; sicut est supra in explicatione Edicti De jurejurando sub eo Titulo traditum *l. 7.* In præsentia autem sic generaliter placuisse , vel ex eo liquet : quod a Paulo *l. 56. h. t.* de homine , seu servo , specialiter scribitur hunc in modum : *In stipulatione dupla , cum homo venditur , partis adjectio necessaria est : quia non potest videri homo evictus , cum pars ejus evicta est.*

Proxima deliberatio erit , quid in proposito partis appellatione indigetur. cum autem nos docet Paulus *l. 30. D. de usurp. & usucap.* tria esse corporum genera : unita , connexa , & ex distantibus capitibus constituta : primum attingam unita , quæ ille dicit coherere uno spiritu. tale corpus est homo. & ejus pars est , membrum omne quo absolvitur naturalis ejus integritas. quod si quæ præterea ei accedant , hæc non sunt in parte : ut partus nondum editus , aut hæreditas servo delata : ac , si petantur per consequentiam venditi hominis , multum refert , qua actione agatur , ex dupla , an ex empto. Sane Paulus *l. 42. D. h. t.* disputans , ut mihi videtur , de actione ex dupla negat , ancilla prægnante vendita & tradita , venditorem ob evictum partum de evictione conveniri. & præfatur , *Quia partus venditus non est.* Siccine ? ut Paulo constet ratio : noli , ejus verba exaudire de ancilla nudo consensu vendita , etsi hunc sensum præfert primus adspectus. potius intellige ea de ancilla stipulatione promissa ex causa venditionis. nam ex hac venit actio ex dupla : ad quam Paulum refero. causam vero sic temperandæ ejus sententiæ accipe ab hoc Juliani *l. 43. D. h. t.* Vacca emptor , si vitulus qui post emptionem natus est , evincatur , agere ex dupla stipulatione non potest : quia nec ipsa , nec ususfructus evincitur. Julianus actioni ex dupla de qua loquitur , facit locum evicta vaccæ proprietate , vel evicto ejus usufructu , tamquam parte , ut post ostendam. ceterum evicto vitulo post emptionem nato negat , emptorem posse agere ex dupla : causatus , neque vaccam ipsam esse evictam , neque ejus usufructum , id est , ejus partem. vendita igitur ancilla apud Paulum , aut vacca apud Julianum , & duplæ stipulatione subsecuta , appellatione ancillæ aut vaccæ non continetur evictio partus aut fœtus , quasi partis : utcum tempore venditionis adhæserit visceribus matris ; ac vel de eo in vendendo sit cogitatum : juris subtilitate fines ancillæ aut vaccæ utriusque membris æstimante ; & quod præterea accedit , nisi verbis stipulationis sit expressum , pro omisso interpretante , quasi in parte non sit. At laxior molliorque sit interpretatio in actione ex empto ut est bonæ fidei ; in eaque , ut Justinianus refert , alter alteri obligatur in id quod alteri alteri ex bono & æquo præstare portet *§. ult. Inst. de oblig. ex consensu.* Rem tenes. non tamen omitam Julianum : cujus mentem quærimus , ut inveniamus sensum Pauli. is in *l. 8. D. h. t.* de actione ex empto sic scribit : *Venditor hominis emptori præstare debet , quanti ejus interest hominem venditoris fuisse.* Quid inde ? sic infert : *Quare sive partus ancilla , sive heredi-*

ditas, quam servus jussu emptoris adierit, evicta fuerit, agi ex empto potest. Quid tum? ait porro: *Et sicut obligatus est venditor, ut praestet licere habere hominem quem vendidit, ita ea quoque quae per eum adquiri potuerunt, praestare debet emptori, ut habeat.* Hoc Julianus. addo: Pomponius *l. 16. D. eod. tit.* verbis sequentibus: *Evicta re vendita, ex empto erit agendum de eo, quod accessit: quemadmodum ea quae empto fundo nominatim accesserunt, si evicta sint, simplum praestatur.* Cum ait, *simplum praestari*, intelligit id quod interest, in actione empti naturaliter veniens: & hoc *simplum* vocat oppositè ad duplum, ad quod tendit actio ex dupla, ut supra dixi. Sequens locus est de corporibus quae Paulus *l. 30. D. de usurp. & usuc.* vocat connexa. ex hoc genere est domus & navis: utraque colligitur ex pluribus tabulis, cœmentis, tignis, ferramentis, aliis. & cum sunt connexa, appellantur domus aut navis: non tabulae, cœmentata, aut ferramenta; nec sunt quidem tum partes domus aut navis, sed partes materiae ex qua constructa domus aut navis est: id vidit Javolenus *l. 23. D. de usurp. & usuc.* dicens, illum qui est aedes mercatus, non emere aut possidere has materias; sed ipsas aedes, id est quamdam universitatem ex materiis confectam. hujus partem unam Javolenus facit superficiem, alteram solum. proinde, si ex domu evincatur solum aut superficies, putemus de evictione agi posse, quasi parte evicta: si columna evincatur, non posse. idem in nave: cujus si partem quaerimus, intelligimus membra navi conjuncta, in quibus gubernacula, malus, antenna, velum *l. 44. D. h. t.* his evictis, evicta est pars navis. tabula evicta, est quidem evicta pars materiae ex qua facta navis est: at navis ipsa, aut pars navis, non est evicta *l. 36. D. h. t.* Sic in actione duplae: non item in actione ex empto. Ain' tu? Javolenum audi *d. l. 23. §. 1. D. de usurp. & usucap.* *Si columna evicta fuerit; puto, te ex empto cum venditore recte acturum, & eo genere rem salvam habiturum.* Ait, *Eo genere*, id est, ea actione ex empto; non actione ex dupla. nempe, actio ex empto est bonae fidei; actio ex dupla est stricti juris: hæc anguste, illa late, patet; ideoque sæpe competit, hæc cessante: ut in superioribus demonstratum. Tertia corporum species in *l. 30. D. de usurp. & usucap.* constat ex distantibus. talia sunt corpora plura non soluta, sed uni nomini subjecta, veluti grex: ex quo evicto capite uno aut altero, non potest agi de evicto grege, aut ejus parte: quia non est grex evictus, nec pars gregis: sed caput unum aut alterum ex universitate quam gregem dicimus. grex vero emptus fuit; non singula capita ex grege. Ab hoc non longe distat hereditas. qua vendita, non sunt venditæ res singulae hereditariae; sed hereditas, id est, quædam patrimonii universitas. in eaque si quid alienum sit evictione judicatum, id non est hereditatis, eoque non est venditum. ac si fuit defuncti, sed injuria Judicis evictum, non onerat venditorem *l. 1. C. h. t.* Idem vel simile de peculio Paulus *l. 5. D. h. t.* Verba Pauli ibi vide.

Quæ dixi de re tota vel ejus parte, maxime procedunt, evicta proprietate. nam, si de usu aut usufructu lis sit; quid obtineat, dubitari potest; quia sic scribit Paulus in *l. 25. D. de verb. signif.* quæ est ex lib. 21. Ad Edictum; *Recte dicimus, eum fundum totum nostrum esse, etiam cum ejus usufructus alienus est.* Ex hanc subjicit rationem: *Quia usufructus non domini pars, sed servitutis sit: ut via & iter: nec falso dici, totum meum esse, cujus non potest ulla pars dici alterius esse.* Paulus significat, usumfructum, cum incorporalis sit, quippe in jure consistens, non posse dici partem fundi, id est, rei corporalis, cum qua non cohæreret. contra putat, (quod de itinere & via alibi dicitur *l. 86. D. eod. tit.*) esse fundi qualitatem, magisque modum habendi fundum, quam ejus partem. Aliquis possit ex his Pauli verbis conjicere, evicto usufructu fundi, non esse evictam

fundi partem; ideoque non esse locum actioni ex dupla, aut ex empto. Sed aliter se res habet: nam Paulus *d. l. 25.* ita sentit in rei vindicatione: (quam exposuit lib. 21. Ad Edictum) & recte, re ex nominis proprietate æstimata, ubi ibi oportet. verum contra ei sedit in casibus non tam, nominis subtilitate, quam a voluntatis interpretatione, pendentibus: ut sit in legatis, & contractibus; in quibus non est probabile hominem sapientem fundum legare aut emere ob nudum domini nomen, sine emolumento vanum atque inane futurum. Hac contemplatione idem Paulus *l. 4. D. de usufructu* (quod evicti lib. 1. De usufruct. c. 2.) sic scribit: *Ususfructus in multis casibus pars domini est: pro instar domini est. ac fuerit exemplum evicto emptori usufructu. nam sic, etsi proprietatem habeat, tamen separato ab ea usufructu, perinde est, ac si non liceat illi, ejus partem habere, praesertim etiam detentione ad fructuarium fruendi causa translata. Sed hæc de possessione, usufructu, itemque usu, & aliis jurebus in formulæ explicatione tradidit Ulpianus *l. 38. §. 3. D. de verb. oblig.* his verbis: *Si quis forte non de proprietate, sed de possessione nuda controversiam fecerit, vel de usufructu, vel de usu, vel de quo alio jure ejus quod distractum est: palam est committi stipulationem. habere enim non licet ei, cui aliquid minuitur ex jure quod habuit.* Cum ait, *vel de quo alio jure*: sine dubio intelligit emphyteusim & superficiem: in quibus æque atque in usufructu & usu emptori aliquid minuitur ex jure quod habuit, cum ratione emolumenti, tum ratione detentionis possessionisve, ad fructuarium, usurarium, emphyteutam & superficiarium, evictione transeuntis. An sub his verbis etiam comprehenduntur servitutes urbanorum & rusticorum prædiorum? forte dicet, petito argumento ab usufructu & usu. Sed inter has species differentiam facit Pomponius *l. 66. D. de contrah. empt.* verbis sequentibus: *In vendendo fundo quadam etiam si non condicantur, præstanda sunt: veluti, ne fundus evincatur aut usufructus ejus: quadam ita demum, si dicta sint: veluti iter, actum, viam, aqueductum. idem & in servitutibus urbanorum prædiorum.* Hæc differentia lucem faciet Venulejo *l. 75. D. h. t.* ait ille, Quod ad servitutes prædiorum attinet, si tacite secutæ sunt, (quia palam non sint promissæ) & vindicentur: Q. Mucium & Sabinum existimasse, venditorem ob evictionem non teneri. & fundamentum illi; quod ubi nihil dictum, talis præstatur fundus, qualis est, id est, liber, si sit liber: servus, si sit servus. hoc Q. Mucium voluisse intelligitur ex *l. 59. D. de contrah. empt.* Idem sensit Venulejus *d. l. 75.* causatus, neminem evictionis nomine teneri in eo jure quod tacite soleat accedere. quid, si fundus, ut optimus maximusque esset, traditus fuerit? ait Venulejus, tunc liberum ab omni servitute præstandum. idemque intelligitur ex *d. l. 59.* Sic: si vicini prædii dominus fundi sui libertatem ab emptore vindicet actione negatoria. Sed fac: emptor ex vicini fundo viam vel actum petit actione confessoria, nec obtinet? non tenetur venditor: quia ab initio non debetur: nisi nominatim dixerit, accessurum iter vel actum. Hoc Q. Mucium sentire ait Venulejus, & sibi placere: ut qui optimum maximumque fundum tradidit, liberum præstet; non etiam deberi alias servitutes: nisi hoc specialiter ab eo accessum sit. Summa est, quod evicta prædii servitute emptori nihil imminuitur de proprietate, possessione, usufructu, aut usu: imo emptor nihilominus prædium tenet, possidet, etiam eo fruitur: insuper potest per eum ire, agere, jure domini; quamquam victor quoque per eum eat, agatque, jure servitutis. igitur ei licet pleno jure habere fundum: cujus partem vicinus nullam tenet, habetve. Idem est, evicta servitute quæ putabatur fundo empto debita. Non obstat hoc Pauli *l. 15. §. 1. D. h. t.* *Sed & si servus evincatur, quanti minoris ob id prædium est, lis æstimanda est.* Ita passim legitur: sed Cujacius lib. 2.*

lib. 2. Observ. c. 20. conjicit, Sed & si servitus. quomodo jam ante legi voluit Odofredus: Rullardo teste *Not. margin.* Hoc plus observat Cujacius ex *d. l. verbis*, in illis agi non de actione duplæ, aut ex empto ad id quod interest, quibus re evicta agitur, sed de actione quanti minoris. Sic Ulpianus *l. 61. D. de Edict. Edict. Quotiens*, inquit, *de servitute agitur, victus tantum debet prestare, quanti minoris emisset emptor, si scisset hanc servitutem impositam.* Ratio illa est: quod hæc actio emptori datur ex Edicto Edilium ob id quanto minoris rem fuerat empturus, si scisset fundi qualitatem. proinde si pluris emerit, quod vel liberum putabat, vel ei deberi servitutem, ea evicta, optimo jure habet eam actionem.

Demonstrato, quando evicta res sit, porro sciri oportet, esse rationis, venditorem eo nomine teneri: modo si emptor, ut supra dixi, auctorem illum suum laudavit. tum enim istius fuit, non defugere auctoritatem: id est, non recusare defensionem juris venditione promissi. contra debuit emptori auctoritatem ejus defensione prestare actione de evictione: quam ipsam Venulejus *l. ult. D. h. t.* idcirco figurate appellat auctoritatem: opinor, causa pro effectu posita. Est vero illa actio duplex: una ex empto, altera ex stipulatu: & hæc rursus vel simplæ vel duplæ. indicat Pomponius *l. 27. D. h. t.* eodemque in hoc Alexandri *l. 8. C. d. t. Emptor fundi, nisi auctori aut heredi ejus denunciaverit: evicto prædio, neque ex stipulatu, neque ex dupla, neque ex empto actionem contra venditorem vel fidejussorem ejus habet.* Alexander actionem ex dupla separat ab actione ex stipulatu, quamquam actio ex dupla est ex stipulatu: dupla non mutante actionem, sed actionis quantitatem. Ad hæc agitur actione ex dupla, si interposita sit de dupla stipulatio: alioquin ea non agitur. Cæterum omiſſa duplæ stipulatione, quamvis cesset actio ex dupla: ait Paulus, si eo nomine, id est, si de præstanda duplæ promissione agatur, (opinor, actione ex empto; cum non supersit alia actio) adhuc eum fore exitum, ut in duplum condemnatur reus, id est, venditor *l. 2. D. h. t.* videlicet, quia ultra non interest emptoris. Sed verissime Ulpianus *l. 37. D. d. t.* Emptori, inquit, duplam promitti a venditore oportet, nisi aliud convenit. idque in tantum ei placet, ut in §. 2. *d. l.* confirmet ex sententia Neratii, emptorem, si simplam pro dupla per errorem sit stipulatus, re evicta, consecuturum ex empto, quanto minus stipulatus sit. Per errorem, inquam; nam alioquin si plus vel minus, quam pretii nomine datum est, evictione secuta dari convenerit, placitum custodiendum est *l. 74. D. h. t.* modo subsistat intra duplam. Plane Ulpianus *d. l. 37. §. 1.* monet: ne quod de dupla dictum est, ex omni re accipiamus: sed de his rebus quæ pretiosiores essent. & sunt exempla, si margarita forte, aut ornamenta pretiosa, vel vestis serica, vel aliud non contemptibile, veniat. quod de vestibus sericis dicit Ulpianus, confirmatur hoc Vopisci, *Aureliano c. 45. p. 545. Cum ab eo uxor sua peteret, ut unico pallio blatteo serico uteretur, ille respondit, Absit, ut auro fila pensentur. libra enim auri tunc libra serici fuit.* Porro addit Ulpianus: quod per Edictum Edilium etiam de servo cavere jubetur venditor. De fisco sic scribit *l. 5. D. de jur. fisc.* Si procurator Caesaris rem aliquam vendiderit, quamvis duplum vel triplum pro evictione promiserit: tamen fiscus simplum præstabit. In hoc loco notanda sunt duo: unum est, fiscum de evictione tantum in simplum teneri; tamen si fisci procurator eo nomine plus promiserit, duplum vel triplum, verbi gratia. alterum est, quod cæteri omnes, præter fiscum, promittendo duplum vel triplum ex stipulatu obligantur.

Sit Paulo fides, quantum ad fiscum attinet; quia non liquet contrarium. sed quod ait, cæteros promittendo triplum, ob evictionem obligari, mihi non persuadet. primum constat, stipulationes infinitas atque immoderatas a Veteribus improbari *l. 40.*

Noode Operum Tomus II.

D. de damn. infect. talesque visas in proposito esse ultra duplum egredientes, mihi admodum probabile est. Atqui huic stipulationi finem aut modum nulla lex scripsit. Novi, & hoc adferri a Doctissimis Viris, Jacobo Cujacio *Paratit. C. h. t.* & Antonio Fabio *lib. 2. Conject. c. 3.* Sed quid interest, utrum ei lege, an moribus, positus sit finis? an quis ignorat, pleraque juris civilis a Prudentibus composita, Fori Disputatione moribus sine scripto venisse? hoc dixit Pomponius *l. 2. §. 5. D. de orig. jur.* In præsentem vero mores nimis certi: Jurisconsultis formulam hujus stipulationis passim intra duplam retinentibus. quid si eam duplæ stipulationem idcirco vocantur: quod noluerunt, ultra duplam excedere. passi sunt, illam stipulationem infra hanc stare, si quis pro sua humanitate contentus esset simpla. at ultra porrigi noluerunt, modestia avaritiæ intercedente. Sic factum, ut actio ex stipulatu tantum sit simplæ aut duplæ *l. 27. D. l. 8. C. h. t.* dupla sit extremum, ad quod adscendere in proposito debet stipulatio: sicut usura centesima vocatur legitima; quia hucusque venire potest, ultra non potest aut stipulatio aut officium Judicis. Eodem modo Judex re evicta æstimator id quod interest in actione ex empto, potest, ut ex Africano & Paulo dictum *l. 43. §. ult. & l. 44. D. de act. empti.* venire ad duplum pretii, ultra adscendere non potest: exemplo stipulationis intra hunc modum subsistentis. Mitto actionem ex empto, in eaque Judicis officium. ipsam videamus stipulationem: de hac sic manifeste Paulus *lib. 2. Sentent. tit. 17. §. 3. Res emptæ mancipatione & traditione perfecta, si evincatur, auctoritatis venditor duplo tenus obligatur.* Non me fugit Jacobum Cujacium *lib. 21. Observ. c. 15. pro duplo tenus*, fide Codicis quem vocat optimum restituere nullatenus: & hanc lectionem probari Salmasio, *De usuris c. 8.* sed quis nescit, Codices etiam optimos alibi esse vitiosos. adversus veritatem certe manifestam etiam optimus fallitatem inducens, ut in præsentia, valere non debet. retinenda igitur vetus scriptura proba & vera, *duplo tenus.* sensus: quod res emptæ sive mancipatione, sive traditione est perfecta, si evincatur, auctoritatis nomine venditor obligatur, id est, obligari potest, ad finem dupli; non ultra. Is est sensus; si verus, ut puto: demonstratum est, Ulpianum in *d. l. 5. D. de jur. fisc.* esse adulteratum adjectione verborum, *vel triplum:* iisque deletis, esse legendum, *quamvis duplum pro evictione promiserit.* Succurri Ulpiano, succurramus etiam Paulo *l. 56. D. h. t.* simili vitio laboranti in his verbis: *Si dictum fuerit vendendo, ut simpla promittatur, vel triplum aut quadruplum promitteretur, ex empto perpetua actione agi poterit. non tamen, ut vulgus opinatur, etiam satisfacere debet qui duplam promittit: sed sufficit nuda repromissio, nisi aliud convenerit.* Mendosum esse hunc locum, præter allata jam pro Paulo, indicio est tenor disputationis male coherentis. quid respicis? non est Paulo quaestio, ad quem modum fieri debeat stipulatio, si in vendendo convenerit, eam præstari. solum quaerit, quia actione eam, si non præstetur, peti oporteat: Adilitia temporali, an ex empto perpetua. Hoc videre Viri Doctissimi, Jacobus Cujacius *lib. 11. Observ. c. 4.* & Antonius Faber *lib. 2. Conject. c. 3.* Opem tamen Paulo necessariam neuter attulit. forte præstet scribi: *Si dictum fuerit vendendo, ut simpla vel dupla promittatur, ex empto perpetua actione agi poterit. non tamen, ut vulgus opinatur, etiam satisfacere debet qui duplam promittit. sed sufficiat nuda:* & reliqua. Veterem lectionem tueri conatus est Emundus Merillius *lib. 3. Variant. ex Cujac. c. 26.* sed frustra: sincero Jurisprudentiæ illud, *triplum vel quadruplum*, palam convincente. Sic mihi sedit a multis annis. ac nuper lubenter vidi, his similia jam incidisse suo tempore Huberto Gifanio, Viro Erudito, & Claro *ad h. t. C.* quod dissimulare nolui.

Restat in actione ex dupla quemadmodum duplum accipitur. puto autem, intelligi duplum, non quanti res est, sed quanti res venit: nullo ad bonitatem respectu habito: si praesertim tota evincatur, ut fundus totus: satis sic evidente pretio quod est duplandum. Nec aliud est: si evincantur certa jugera, singulis certo pretio in venditione definito: nam vel sic liquet, quantum duplandum sit, ubi liquet, quanti singula venierint: sive meliora sint evicta, sive alia *l. 53. D. h. t.* Idem; si evincatur pars fundi pro indiviso. datur enim emptori & tum regressus saltem pro quantitate evictae partis. quod si evincatur locus certus, forte certum pascuum, certum olivetum, aut certa silva: jam aliter observatur. non enim datur emptori regressus pro quantitate evictae partis, sed pro bonitate loci *l. 1. D. h. t.* optime: nam cum pars pro indiviso evincitur; quid potest melius aut deterius intelligi, parte evicta participante de omnibus in fundo plus aut minus utilibus? at evicta parte certa, puta oliveto, vinea, loco pascuo, tum summae aequitatis est, haberi rationem bonitatis loci evicti; cum possit ejus causa emptus esse fundus totus. hoc observavit Ulpianus *d. l. 1. & Papinianus l. 64. §. 3. D. h. t.* ac secundum hos licet exaudire tradita a Pomponio *l. pen. D. de Edict. Edict.* & Paulo *l. 13. D. h. t.*

Vera hæc & certa: si fundus evictus esse perseveravit, qualis fuit tempore venditionis. sed si deinde auctus aut deminutus sit: dubitatur; utrum præstanda duplae aestimatio sit pro modo qui nunc est tempore evictionis; an pro eo qui fuit tempore venditionis. Hanc questionem non minus diligenter, quam subtiliter, tractat Papinianus *l. 64. D. h. t.* nec pigebit me, ejus doctrinam aliqua cum cura examinare. Verba principii talia sunt. *Ex mille jugeribus traditis ducenta flumen abstulit: si postea pro indiviso ducenta evincantur, dupla stipulatio pro parte quinta, non quarta, præstabitur: nam quod perit, damnum emptori, non venditori attulit. si totus fundus, quem flumen deminuerat, evictus sit, jure non deminuetur evictionis obligatio: non magis, quam si incuria fundus, aut servus traditus, deterior factus sit: nam & e contrario non augetur quantitas evictionis, si res melior fuerit effecta.* Sic extat in omnibus editionibus quas videri mihi licuit. sed mera nox est. nec est, qui in tenebris enari lumen præferat idoneum, ne Cujacius quidem *lib. 26. Observ. c. 37.* non animadverso ab egregio illo viro, corrupta esse hæc verba: *dupla stipulatio pro parte quinta, non quarta, præstabitur.* Mea opinione, scribendum: *dupla stipulatio pro parte quarta, non quinta, præstabitur.* Hoc postulat subiecta ratio: *nam quod perit, damnum emptori, non venditori attulit.* Ea ratio retenta veteri scriptura plane falsa, mea conjectura sit optima, & Papiniano condigna. Ecce: Aliquis vendidit mille jugera. his emptori traditis ita, ut oportet, flumen ducenta abstulit postea tertius pro indiviso evincit ducenta. pro qua parte aestimanda est dupla evictae partis: pro quarta, an pro quinta? refert, quodnam inspicere debeat tempus; traditionis, an evictionis: illo ducenta efficiebant quintam de mille: hoc quartam de octingentis. Papinianus voluit, (mihi sic videtur) duplae aestimationem præstari pro quarta, non pro quinta: hac ratione verissima: *nam quod perit damnum emptori, non venditori, attulit.* Spectavit modum fundi qui fuit tempore evictionis, et si major fuerit tempore venditionis: quia quod plus fuit tempore venditionis, perit vi fluminis: non est evictum vitio venditoris: (quod unice corrigit actio ex dupla) magis est ablatum casu: ad hanc non pertinente, perit igitur emptori: venditori non perit. Hoc, si jugeribus ducentis flumine ablati, postea ducenta evincantur. Quid, si totus fundus quem flumen deminuerat, evictus sit? Papinianus, jure, inquit, non deminuetur evictionis obligatio. Quo fundamento? Hoc puta, quod in actione ex dupla solum quaeritur, quid in stipulationem venerit: non, quanti intersit id venisse

l. 38. §. 17. D. de verb. oblig. in proposito autem in eam venit fundus venditus, idem qui nunc est evictus, & totus, licet deminutus. igitur deminuto fundo evicto, jure non diminuetur evictionis obligatio: quia in hac stipulatione non refert, quantus in eam venerit fundus: sed an venerit. venisse autem, negari nequit. quin Papinianus hoc, ne alicui esset obicium, illustrat similitudine fundi aut servi qui incuria sit deterior factus; nec propterea alius habetur, quam fuit, quantumvis mutatus aut minutis aliquibus particulis. Verba Papiniani: *Non magis, quam si incuria fundus aut servus deterior factus sit.* At nec huic comparationi acquiescit Papinianus. præterea addit sequens argumentum a contrario: *Nam & e contrario non augetur quantitas evictionis, si res melior fuerit effecta.* Sensus argumenti est: quantitas evictionis non augetur, fundo alluvione meliorato. cur minuetur a flumine ex parte sublato? exemplum quoque ne deesset: Papinianus *§. 1. d. l. 64.* ponit tale. *Quod si modo terra integro qui fuerat traditus, ducenta jugera per alluvionem accesserunt, ac postea pro indiviso, pars quinta totius evicta sit, perinde pars quinta præstabitur, ac si sola ducenta de illis mille jugeribus tradita sunt, fuissent evicta: quia alluvionis periculum non præstat venditor.* Fundo qui tempore traditionis erat mille jugerum, alluvio ducenta jugera adjecit. evicta postea pro indiviso parte quinta totius fundi: quaeritur, quodnam tempus pro aestimanda dupla sit inspicendum, venditionis, quo fuerunt mille jugera; an evictionis, quo erant mille ducenta? Papinianus judicat, partem quintam perinde præstari oportere, ac si sola ducenta de mille quæ tempore traditionis fuere, evicta essent. Qua ratione? hæc est; quod venditor emptori actione ex dupla saltem præstat periculum evictae rei quam habere licere promissit. ea est res vendita. alluvionis autem accessio non est vendita: ideo nec habere eam licere promissit venditor, nec alluvionis periculum præstat. Expositum *d. l. 64. pr. & §. 1.* expuncta menda qua deformatus huc usque fuit Papinianus. Transeo ad *§. 2.* cuius hæc sunt verba: *Quasitum est, si mille jugeribus traditis, perissent ducenta, mox alluvio per aliam partem fundi ducenta attulisset, ac postea pro indiviso quinta pars evicta esset: pro qua parte auctor teneatur? Dixi consequens esse superioribus, ut neque pars quinta mille jugerum; neque quarta debeatur evictionis nomine: sed perinde teneatur auctor, ac si de octingentis illis residuis solum centum sexaginta fuissent evicta: nam reliqua quadraginta quæ universo fundo accesserunt, pro rata nova regionis esse intelligi.* Venditus & traditus est fundus mille jugerum. huic fundo flumen abstulit ducenta: sed mox per aliam partem ei restituit alia ducenta. ita est rursus mille jugerum, sicut ante erat. postea evicta pro indiviso sunt ducenta, partem jam quintam universi fundi efficientia. Quaeritur, pro qua parte auctor, id est, venditor, emptori de evictione ex dupla teneatur? Papinianus arbitratus, questionem pendere a superioribus, suadet considerari, quid his consequens sit. Dicamus igitur, ducenta jugera quæ flumen abstulit, non computari in aestimatione duplae: quia in superioribus apparuit, non esse evicta vitio venditoris, sed esse casu amissa: ideoque non venditoris, sed emptoris, damno cedere: quando emptori ea habere licuit per venditorem; per flumen non licuit. Similiter putemus, ducenta jugera, quæ flumen fundo per aliam partem restituit, non venire in aestimationem evictae partis quintae: manifesto ex superioribus, venditorem emptori non vendidisse alluvione acquisita, post venditionem: ac proinde nec promississe, ea habere licere. Quid tandem? non est consequens superioribus; ut auctor, sive venditor, evictionis nomine debeat ducenta jugera, partem quintam mille jugerum, aut partem quartam octingentorum constituentia: sed ut perinde teneatur, ac si de octingentis illis ex mille residuis sola evicta fuissent centum sexaginta

ginta jugera, partem quintam octingentorum efficiantia. Aliquem turbet, quod præter hæc universo fundo decesserunt quadraginta jugera. Frustra: Nam (sic causatur Papinianus) *reliqua quadraginta quæ universo fundo decesserunt, pro rata novæ regionis esse intelligi.* Hoc vero significat, quadraginta reliqua, quæ addita jugeribus centum sexaginta, efficiunt reliqua de evictis ducentis jugeribus universi fundi mille jugerum, reputari pro rata regionis novæ, alluvione fundo adjectæ: & ad evictæ partis æstimationem idcirco non pertinentis. Sequitur §. 3. d. l. 64. cujus verba sunt: *Ceterum cum pro diviso pars aliqua fundi evincitur, tametsi certus numerus jugerum traditus sit, tamen non pro modo, sed pro bonitate regionis præstatur evictio.* Sensus ultro claret, & convenit in antecessum dictis ex l. 1. & l. 53. D. h. t.

Quæ proxime dixi, obtinent in actione ex dupla de qua sola disputat Papinianus in d. l. 64. ad actionem ex empto non pertingunt. est enim (quod iterum moneo) differentia: quod actio ex dupla est stricti juris. præterea unum quærit, an in stipulationem venerit fundus evictus: non æque an aut quatenus intersit stipulatoris, fundum habere tempore evictionis. Aliter est in actione ex empto: quæ est bonæ fidei; & persequitur quod emptoris interest fundum habere tempore evictionis. interest autem ejus, ei præstari ex æquo & bono quod illi propter evictionem abest, quodve lucrari potuisset, nisi evictus esset. Sic convenit, fundo meliorato, plus præstari: deteriorato, minus. clare Paulus l. 70. D. h. t. & l. 45. D. de act. empt. ac Julianus l. 8. D. h. t. idemque in actione præscriptis verbis Papinianus l. 66. §. ult. D. d. t. Ab eodem fonte indicavi supra, actionem ex dupla non obtinere, nisi re in totum, aut ex parte, evicta l. 1. & l. D. d. t. actionem vero ex empto dari etiam accessionis nomine l. 11. §. 17. D. de act. empt. l. 16. D. h. t. Videamus de sumptibus, si qui sint facti in meliorandam rem evictam. & quidem in actionem ex dupla hos non venire, superioribus consequens est. sed de actione ex empto quid dicemus? puto, nec in eam venire, re ab emptore possessa, cum evincitur. nam tum potuit eos a domino rem suam evincere repetere per exceptionem doli mali, detractis fructibus a se perceptis l. 16. C. h. t. quod si culpa sua neglexerit exceptionem, aut Judex ejus non habuerit rationem: neutro casu habet regressum adversus venditorem: ut supra dictum. Sic, si emptor rem evictam possederit. Quid, si ipse eam a possessore vindicaverit? jam quia non est retentioni locus per exceptionem doli mali: nihil potest illi imputari: nec erit alienum a bona fide, emptorem sumptus a venditore petere actione ex empto, quasi facientes partem ejus quod interest: auctore Paulo l. 45. §. D. de act. empt. licebitque secundum hunc accipere Rescriptum l. 9. C. h. t.

Exposui, quando actio ex dupla, aut ex empto, competat evictionis nomine: etiam quando cesset tantum addendum, quod fere oblitus eram, actionem ex empto denegari ei qui rem alienam sciens emerit; perinde quasi eam qualis qualis sit, emerit suo periculo; utique, si nihil pactus sit in casu evictionis: alioquin pactum, bonæ fidei contractui in continenti adjectum ei inesse, satis notum est. pone: (quæ est species l. 27. C. h. t.) quidam Athenocles sciens comparavit fundum alienum vel obligatum. is fundus soluto pretio, est evictus; an Athenocles potest repetere quod dedit, pretium? ajunt Imperatores, si pactus sit. alioquin hoc posci contra juris rationem. quid, si ignorans alienum fundum comparavit? jam ajunt Imperatores: Desiderio tuo juris forma negantis hoc reddi refragatur. Sensus: si ignorans comparavit alienum: repetenti id quod dedit, negari jus non finit: cum præsertim (quod addo:

quia priora tantum sunt Rescripta ad quæstionem libello comprehensam) ex ea etiam agere possit ad id quod interest.

Superiori quæstioni vicina est sequens, quid juris sit, venditore pacto, ne evictio præstetur. Eam quæstionem tractat Ulpianus l. 11. §. ult. D. de act. empt. sed quia obscurius, non denegabo ei explicationem. Quærit, quid debeat præstare, qui vendidit habere licere: id est, qui vendidit sub stipulatione habere licere. & ait, interesse, utrum polliceatur, per se venientelve a se personas non fieri, quo minus habere liceat, an vero per omnes. ne expectes, explicari distinctionis partem posteriorem quæ est, habere licere per omnes. eam Ulpianus non attingit. nec ipse hic attingam; quia jam exposui in antecessum. quod vero attinet ad priorem, qua venditor promisit, per se non fieri: is videtur Ulpiano quidem promisisse, ne ipse evincat: at non æque, ne alius evincat. proinde, inquit, si evicta res erit; id est, si per alium erit evicta; venditor eo nomine ex stipulatu non tenebitur, interposita stipulatione: neque ex empto ad id quod interest, si stipulatio nulla intervenit. De pretio ambigitur, si forte solutum sit. ait vero Ulpianus Julianum sequutus, etiamsi aperte pronunciet venditor, si in venditione dicat, per se heredemque suum non fieri, quo minus habere liceat, posse defendi, eum ex empto non quidem in hoc, quod emptoris interest, teneri: verum tamen ut pretium ei reddat, teneri. idemque esse, si in venditione aperte comprehendatur, id est, si in venditione expresse pactum conventum sit, nihil evictionis nomine præstatum iri: nam tum adhuc deberi pretium: utilitatem, id est, id quod interest, non deberi: ipsa æquitate conventioni tam injustæ resistente: idque opinor significari; cum ait, bonæ fidei contractum non pati hanc conventionem: ut emptor rem amitteret, & venditor pretium retineret. Aliquis dicat, (hanc objectionem ipse sibi fecit Julianus, & ex eo Ulpianus) tali conventionem agi: ut venditor nummos accipiat, quamvis merx ad emptorem non pertineat: velut sit, cum jactum retis a piscatore enimus, aut indaginem plagis positus a venatore, vel pantheram ab aucupe: nam etsi nihil capitur, nihilominus emptor pretium præstare necesse habet. Sed ea objectio Ulpiano displicet: existimanti, a diversis non recte fieri illationem: ideoque in supra dictis conventionibus contra dicendum esse, cessare præstationem utilitatis, id est, ejus quod interest: pretii non cessare. Si tamen sciens alienum vendidit: tunc placet Ulpiano, secundum relatum Juliani sententiam, eum, quia dolo malo fecit, ex empto teneri ad id quod interest.

Antequam hinc discedam, non dissimulabo sequentem litem; utrum in simplice tantum venditione locum habeat de evictione actio; an etiam remancipio tradita. Hoc negat Vir summus, Jacobus Cujacius, Paratitl. C. h. t. & lib. 21. Observ. c. 15. & sequutus eum Claudius Salmasius, De usuris c. 8. at tam confuse & a ratione Juris tam remote uterque; ut merito mirer, Viros Doctos & nobili fama, eam sententiam tenuisse serio. non foret mihi difficile, eam erroris convincere: sed prævenit diligentiam meam Collega meus, Antonius Schultingius, Vir Clarissimus, Notis ad Paulum lib. 2. Sentent. tit. 17. §. 3. & ante Desiderius Heraldus lib. 2. Animadvers. in Salmas. Observ. ad jus Attic. c. 2.



De exceptione rei vendita & tradita.

Superior Titulus emptori re evicta dedit actionem. Præfens dat exceptionem : eamque vocat exceptionem rei vendita & tradita. Casum Ulpianus *l. 1. h. t.* ex Marcello talem ponit : si alienum fundum vendideris , & tuum postea factum petas. & ait , in eo te posse hac exceptione recte repelli. Ea exceptio ab Ulpiano *l. 17. D. de evict.* alio nomine dicitur doli mali. nec dubitat Ulpianus , esse iustissimam : si venditor rem quam ipse vendidit , deinde vendicet , quavis dominium alio jure quæsierit : improbe enim conari , rem a se distractam evincere : in qua

utique eum oportet bonam fidem præstare. Eadem ratione Paulus *l. 10. D. de distract. pign.* Et si quis qui lege pignoris emit , ob evictionem rei redire ad venditorem non potest , tamen non esse audiendum creditorem , qui fundum vendidit , si velit ejusdem rei ex alia causa questionem movere. Igitur quid est ? solum restat , quod Ulpiano in *d. l. 17.* placet , emptorem eligere , utrum rem velit retinere , intentione per exceptionem elisa ; an potius re ablata , ex causa stipulationis duplum consequi.



LIBER VIGESIMVS SECVNDVS.

TITULUS I.

De usuris , & fructibus , & causis , & omnibus accessionibus , & mora.



SERIEM hujus Tituli investigantibus , non est alia reddenda ratio , quam in superioribus tituli jam aliquoties. nunc solum addam : quod primam Tituli partem de usuris , & ultimam de mora , olim exposui libris *De fœnore & usuris.* de tribus reliquis nuper disserui cum alibi , tum præsertim *lib. 6. tit. 1. De rei vindicatione.* sed hic Titulus , quod ad unam spectabat arbitrariam in rem actionem , (talis enim est rei vindicatio) tantum indicabat , oportere petitori in eo , sicut in bonæ fidei iudiciis , officio Judicis præter rem petitam , etiam causam restituere : id est , omne quod habiturus foret , si eo tempore quo iudiciū accipiebatur , ei ea res a possessore restituta fuisset.

In actionibus in personam maxime stricti juris idem observari , non placuit jure civili ab initio , forte ob angustam earum formulam. prævalente tamen æquitate , hoc postea & in his æque receptum esse , atque in actionibus arbitrariis & bonæ fidei , certus auctor est Paulus *l. 31. D. de reb. credit.* verbis sequentibus : *Cum fundus vel homo per conditionem petitus esset , puto , hoc jure nos uti , ut post iudicium acceptum causa omnis restituenda sit : id est , omne quod habiturus esset actor , si litis contestata tempore solutus esset.* Sermo Pauli est de actione in personam stricti juris : in eaque cum ait , *hoc jure nos uti* , significat , post aliquas variationes , in ea hoc fuisse adversus regulas juris receptum ; ut post iudicium acceptum , id est , post litem contestatam , actori restituenda sit causa omnis. Huc ite eam locutionem , antehac probavi *lib. 1. Probabilium c. 2. & sæpe alias.* Nec jam dubito , quin eodem pergat Papinianus *l. 2. D. h. t.* dicens , *Vulgo receptum esse : id est , passim jam esse receptum adversus jus civile.* Quid ? *Ut quamvis in personam actum sit ,* (puta generaliter atque indistincte) *post litem tamen contestatam causa præstetur.* Qua ratione ? optima hac : *Quoniam quale est , cum petitur , tale dari debet.*

Hæc cur tam sollicitè ? nimirum , quia sic discitur , etsi Titulo 1. libri VI. *De rei vindicatione* quæ est arbitraria in rem actio , & alibi per occasionem sit tractatum de causis , fructibus , & accessionibus rei petita Judicis officio præstandis : in præsentem tamen de his , quantum ad actiones in personam attinet , qualescumque sint , non frustra agi in *l. 38.* tum in *l. 3. §. 1.* in qua hæc extant Papiniani verba : *In his quoque*

iudiciis quæ non sunt arbitraria , nec bonæ fidei , post litem contestatam causa præstanda est. Papiniani sententia est , in omnibus in personam actionibus non modo arbitrariis aut bonæ fidei , ut olim : sed etiam , si non sint arbitrariæ , aut bonæ fidei , verum stricti juris , receptum esse , ut actori officio Judicis post litem contestatam præstetur non tantum res petita , sed omnis quoque causa rei : consequenter percepti fructus ; addo partus *d. l. 2. h. t.* qui ut proprie non putentur fructus , at a causa non separantur *l. 17. §. 1. & l. 20. D. de rei vindic.* Igitur sic in omnibus servatur tandem in personam actionibus. nec tamen vel in his silendum discrimen , quod in iudiciis bonæ fidei & arbitrariis , Papiniani opinione , omnis causa etiam ante litem contestatam præstatur ex mora *l. 3. D. h. t.* imo omnimodo , ut monet Paulus *l. 38. §. 15 d. t.* id est , etiam sine mora. sed in stricti juris iudiciis tantum post litem contestatam. sic enim vulgo receptum fuisse , cum ex ipso ostendi Papiniano *d. l. 2.* tum ex Paulo *d. l. 31. D. de reb. cred. & l. 8. D. de re judicat.* Et tamen aliter est , si actio stricti juris procedat ad repetendum quod actoris aliquando fuerit , quamvis nunc non sit : ut in indebiti conditione , & conditione ob causam dati causa non sequuta , suis locis est observatum ex *l. 15. l. 65. §. 7. D. de condit. indeb. & aliis.* Utique promissa mihi stipulatione re , quæ mea non fuit , me fructus officio Judicis in actione ex stipulatu , propter moram , consequi , Paulus negat : sed si acceptum sit iudicium , tunc putat , me illos secundum Sabinum & Cassium ex æquitate consequi *l. 38. §. 7. D. d. t.*

Recedam ab hoc loco , unum si addidero , proxime dictum de causa , & fructibus , ac partu , in actionibus stricti juris Judicis officio præstandis a tempore litis contestatæ , ad usuras non pertinere. Est id verissimum ; nec potest fortiore evinci argumento , quam est sequens ; quod usuræ , nisi stipulatione promissæ , jure civili fuere incognitæ : donec Constitutione Divi Pii officio Judicis ex mora sunt introductæ : sed in solis bonæ fidei iudiciis. addo , & legatis ac fideicommissis ; non in aliis item iudiciis stricti juris : ideoque non solitæ in his , si ante litem contestatam non cucurrerunt , lite contestata incipere currere. Sed de his *lib. 2. De fœnore & usuris c. 6. & c. 12.* scripsi jam talia multa , ante non vulgata ab aliis. nec hic verbum addo.

T I T U L U S II.

De nautico fœnore.

IN hoc Titulo qui est superioris portio, quædam sunt intellectu difficilia, quædam etiam corrupta;

fed ea emendavi & illustravi meo more *lib. 2. De fœnore & usuris c. 7.* quam recte, tu judica.

T I T U L U S III.

De probationibus & presumptionibus.

Ratio positi hoc loco Tituli, De probationibus & presumptionibus, potest hæc videri: quod post contractus eorumque accessiones, de quibus actum in superioribus, etiam necessaria visa est eorum probatio: propterea quod a facto pendentes, nisi probentur, nulli sunt.

Est autem probatio, fides legitima quam Judici de re controversa facit is qui dicit. Primum volo, probationem esse fidem: & movet, quod est unus probationis finis, persuadere, id est, fidem facere. inde fides instrumentorum, & fides testium. Recte igitur definitio probationem vocat fidem, sed legitimam: quomodo Paulus *l. 2. §. D. h. t.* legitimas dicit probationes: arbitratus, non sufficere quales quales: sed legibus moribusque receptas. Præterea ait definitio, probationem præstare fidem rei controversæ. nec hoc frustra: nam quod ultro liquet, non eget probatione. Commode Quintilianus *lib. 5. Inst. orat. c. 12.* *In rebus apertis argumentari tam sit stultum, quam in clarissimum solem mortale lumen inferre.* Porro definitio, jubens rem controversam probari, eam significat rem de qua lis est: maxime cum est de facto *l. 16. C. h. t.* Exemplum in *l. 6. §. l. 23. D. h. t.* licebitque his jungere sequentem Martialis observationem ex *lib. 6. Epigr. 19.*

*Non de vi, neque de cade, nec veneno,
Sed lus est mihi de tribus capellis.
Vicini queror has abesse furto.
Hoc iudex sibi postulat probari.*

Quod ad jus attinet, hoc est finitum & certum *l. 2. D. de jur. & fact. ignor.* ita non eget probatione: quin est officium Judicis, supplere, si quid desit advocatis hac in parte *l. univ. C. Ut que desunt advocatis.* Est tamen interdum & jus probandum, præsertim singulare, ut est exemplum *l. 5. D. h. t.* item jus non scriptum: nam id constat tacita Populi voluntate, non aliter intelligenda, quam demum moribus diuturnis & actuum frequentia: id est, ex facto. sed de hoc dictum supra *lib. 1. Tit. 3.*

Insuper ait definitio, probationem incumbere ei qui dicit; non qui negat. idque Paulus confirmat *l. 2. D. h. t.* & exemplum ponit in *l. 5. d. t.* Ab ea, inquit, parte quæ dicit, adversarium suum ab aliquo jure specialiter esse prohibitum lege vel constitutione, id probari oportet. Probat igitur sine dubio actor: quia is plerumque dicit, sibi deberi, suumve esse quod petit: reus negat *l. 2. C. h. t.* Potest tamen evenire, ut reus dicat: eoque casu tam eum, quam actorem, probare, quod intendit, Severus & Antoninus observant *l. 1. C. h. t.* his verbis: Ut creditor qui pecuniam petit numeratam, implere cogitur, ita rursus debitor qui solutam affirmat, ejus rei probationem præstare debet. Similiter Ulpianus *l. 19. D. h. t.* In exceptionibus, inquit, dicendum est, reum partibus actoris fungi oportere; ipsumque exceptionem, velut intentionem, implere: ut puta, si pacti conventi exceptione utatur, docere debet, pactum conventum factum esse. Sic, si quid affirmet reus, at si negat, ut dixi, actoris probatio est: rei non est. idque adeo verum est; ut in *l. 4. C. de edendo* Epaphrodito cuidam sic rescribat Antoninus: Actore non probante, qui convenitur, etsi nihil ipse præstat, obtinebit. Et Antonino convenienter Diocletianus ac Ma-

ximianus, Actor, inquit, quod adseverat, probare se non posse profitendo, reum necessitate monstrandi contrarium non adstringit. Et causantur illi Imperatores: quod per rerum naturam factum negantis probatio nulla est. Verissime: quid enim est negatio? nihil. atqui quod non est, probari, id est, monstrari, nulla via potest. contra quod affirmatur, in facto ponitur, & ut potest, sic debet, probari. Sed hoc traditum *l. 10. C. de non numerat. pecun.* Illud prætermitti non oportet, quod aliquando quæ prima facie videtur negatio, interius spectata, implicitam habet affirmationem: ideoque probari debet, quali pro affirmatione cedat magis, quam pro negatione. Ab hac causa respondit Paulus *l. 5. §. 1. D. h. t.* Si quis negat, emancipationem recte factam, probationem ipsum præstare debere. Nempe negans, emancipationem recte factam, vi ipsa dicit, in ea vitium esse. hoc igitur probare eum, æquum est. Similiter ait Paulus *l. 8. D. d. t.* Si filius in potestate patris se esse negat, Prætozem cognoscere, ut prior doceat filius. duplici ratione: una est, quia pro pietate quam patri debet, hoc statuendum est: altera est, quod se liberum esse quodammodo contendit, id est, quodammodo contendit, se de patria potestate esse demissum: cum naturaliter sit in patris potestate. addit Paulus, Ideo & qui ad libertatem proclamatur, priorem docere juberi.

Quærentibus porro, cui sit probandum; opportune respondet definitio, probari oportere Judici, idcirco in causa sedenti; ut in facto de quo ambigitur, sine affectu pronunciet, quid verum, quid parum probatum, arbitretur. adversario probari nihil attinet: semper, ne solvat aut restituat quod peritur, negaturo, tibi liquere. igitur probandum Judici, secundum acta & probata judicatur. clare Ulpianus *l. 12. h. t.* & Antoninus *l. 1. C. de condict. ob turp. caus.* etiam Martialis loco paulo ante appolito.

Hac ratione fuit in formulis, Si patet, condemna. Nec male hinc inferam, si quærat, quando facienda sit probatio, de ea cogitari post litem contestatam: nam inde initium trahit notio Judicis a Prætoze jussi de facto judicare: ut traditum a me *lib. 1. De jurisd. & imper. c. 13.* Vix opus subjicere, quo ordine suam intentionem cum actor, tum reus, probare debeat. nam cum monstratum jam in antecessum sit, actore non probante, reum absolvi, etsi nihil ipse præstet: ultro sequitur, eum non teneri probare; nisi postquam actor suam intentionem implevit. Sed hoc certum ex *l. 19. C. h. t. & l. 9. C. de except.*

Tempus est cogitare de modis quibus fiat probatio, Judici præstitura fidem legitimam: quam desideravit ejus definitio. Et refert Quintilianus *lib. 5. Inst. orat. c. 1.* Veteres consensu fere ivisse in sententiam Aristotelis, probationem facientis duplicem, aliam artificialem, aliam inartificialem. ista apud nostros præcipue fit instrumentis aut testibus. illa argumentis, indiciis, signis. ac nescio an hæc illi confundant: presumptiones uno nomine appellantes, quamvis singula distinguat Quintilianus. utique præsens Rubrica est *De probationibus, & presumptionibus*: unam speciem jungens generi. sequentes Tituli sunt *De fide instrumentorum, & De testibus*: quibus altera constat species. Jam vero eadem divisio in *l. ult. C. h. t.*

lic exprimitur : *Sciant cuncti accusatores, eam se rem deferre in publicam notionem debere quæ munita sit idoneis testibus, vel instructa apertissimis documentis, vel indicibus ad probationem indubitatam & luce clarioribus expedita.* Constat igitur artificialis probatio secundum nostros præsumptionibus. Præsumere vero apud Virgilium *lib. xi. Aneid. vers. 18.* & Justinum *lib. 6. c. 2. item lib. xi. c. 5.* est, conicere. Inde præsumptio est conjectio, sive opinio sumpta ante, quam aliunde est aperta & demonstrata veritas. Hæc propria præsumptionis significatio : sed latius patet sub hoc Titulo : argumenta, indicia, signa complectens. Cæterum artificialis hæc probatio constans, ut dixi, argumentis, indicibus, signis, id est, præsumptionibus, Ciceroni *lib. 1. De invent. c. 29.* duplex : probabilis aut necessaria. Quintiliano *d. lib. 5. c. 8. & 10.* est triplex : alia necessaria, alia credibilis, alia non repugnans. Necessariæ mentio in *l. ult. C. h. t.* ait autem Cicero *d. loc.* necessarie demonstrari quæ aliter ac dicuntur, nec fieri, nec probari possunt : & ponit exemplum hoc modo, si peperit, cum viro concubuit, etiam potest exemplum peti a Justiniano *l. 14. C. de contrah. stipul.* id exemplum est : si res dicatur inter præsentem esse acta : & alter liquidis ac manifestis probationibus ostendat, eo tempore se vel adversarium suum alio in loco fuisse. quod ut est, ita Ciceroni quoque *d. loc.* visum, certissimum. Verba Ciceronis sunt : *Simplex conclusio ex necessaria consecutione conficitur hoc modo. Si vos me istud eo tempore fecisse dicitis, ego autem eo ipso tempore trans mare fui, relinquitur, ut id quod dicitis, non modo non fecerim, sed ne potuerim quidem facere.* Credibilis præsumptio, seu probabilis argumentatio unde desumatur, Cicero *d. lib. 1. c. 30.* ita definit : *Probabile est id quod vere fieri solet, aut quod in opinione positum est, aut quod habet in se ad hoc quandam similitudinem, sive id falsum est, sive verum.* Exempla ibi videre licet. Effectus ejus, onus probandi transferre in adversarium ; & pro veritate haberi, donec contrarium liqueat : eo probato, supervacua præsumptio. Exemplum egregium in *l. 6. D. de his qui sunt sui vel alien. jur.* quam exposui *lib. 1. Tit. 6.* Aliud non minus pulchrum in *l. 24. D. h. t.* jam explicitum *lib. sing. Ad Edict. De pact. & transact. c. 2.* Possint hæc sufficere, non præteribo tamen *l. 12. D. h. t.* species talis : Testator in testamento dixit, velle se alicui dari quingenta, idem scripsit in codicillis postea scriptis. legatarius bis petit quingenta : quod dicit, bis esse data : primum in testamento, deinde in codicillis. contra dicit heres, non bis, sed semel deberi ; & causatur, testatorem in codicillis tantum repetiisse quod dixerat in testamento : quia fuerat oblitus, se in testamento legasse. jam multum referre ; duplicare legatum voluerit, an repetere. Igitur cum esset lis de voluntate testatoris : quæsitum fuit, ab utro exigenda esset ejus probatio : ait Celsus, prima fronte videri æquius, petitorum probare quod intendit. rursus cogitat, etiam a reo, si quid intendat, probationes exigi : & esse exemplum, si creditum petam, ille respondeat, solutam esse pecuniam ; ipsum hoc probare cogendum esse. Atque in hanc partem inclinat Celsus : arbitratus, ex duplicatis scripturis esse præsumptionem pro duplicatis legatis. igitur cum petitor duas ostendit scripturas ; heres posteriorem inanem esse dicit ; ipsum heredem id adprobare Judici debere. Superiori exemplo addam aliud ex *l. 9. D. h. t.* Ecce : aliquis pactus est, Ne petatur, in instrumento pacti non est inserta heredis mentio. contra est scriptum : Profitetur, te non teneri : quæ est species *l. 40. D. de pactis.* dubitatur ; utrum sit personale pactum, an reale : quia dubitatur, utrius sit probatio, quid actum sit. nam ut actor suam intencionem, sic reus suam exceptionem, probare debet. Ait tamen Celsus, pro reo stare præsumptionem : arbitratus, eum voluisse, non tantum sibi, sed heredi quoque suo, prodesse : communi hominum more, plerumque tam hereditibus suis, quam sibi, caventium. proinde de ipso dum-

taxat, ac non de herede quoque ejus convenisse, petitorum, non qui excipit, probare debere. plura ad *d. l. 9. dedi lib. sing. Ad Edict. D. pact. & transact. c. 14.* Porro putavit Ulpianus *22. D. h. t.* esse notatum non indignum, *Eum qui voluntatem mutatam dicit, probare hoc debere.* Quæ ratione ? quia unusquisque utique sapiens, debet præsumi, quod agit, cum ratione agere : ideoque in eo quod putavit sibi bonum aut utile esse, perseverare, donec ei occurrat quid aut utilibus aut melius : alioquin quam habet causam a priore voluntate recedendi ? ea igitur si apparet, est, cur voluntas mutata videri possit. si non apparet, quæ ante fuit, perdurasse intelligi debet. sic oportet eum qui voluntatem mutatam dicit, id probare. Atque hoc & Papiniano visum *l. 3. D. h. t.*

Tertia præsumptionis sive argumentationis species est non repugnans. sic vocata, quia ejus vis consistit intra levem suspicionem ; atque ut faciat qualem qualem motum in animo Judicis, non efficit tantum, ut valeat ad probationem. Egregie Arnobius *lib. 2. Advers. gent. p. 80.* *Quid est autem suspicio, nisi opinatio rerum incerta, & in nil expositum jaculatio mentis illata.* Ergo qui suspicatur, non tenet, nec in lumine positus cognitionis incedit. Exemplum Quintiliano : Aliquis dicitur furtum fecisse : hoc argumento, quod in domo fuit tempore furti facti. an eo probatum furtum ? atqui ut potuerit facere furtum, & videantur quædam fuisse ad malefaciendum invitamenta, non idcirco fecit furtum. non enim (quod optime Apulejus *Apolog. p. 318.*) omnia quæ fieri potuerint, profectis habenda. oneratur igitur sic suspitione : sed non convincitur. Simile exemplum apud Scævola in *l. 29. §. 1. D. h. t.* Mulier gravida a marito repudiata, eo absente peperit filium, eumque in actis professella est spurium. de his professionibus vide tradita supra sub Titulo, *De minoribus.* & a Brissonio *lib. 1. Select. antiq. c. 5.* Quæsitum, an ille filius sit in patris potestate, & ejus jussu possit adire hereditatem matris intestatæ mortuæ ? dubitatio in eo vertitur ; utrum sit legitimus, an spurius, nam mater professella est spurium. contra adfertur, quod fecit absente viro, atque irata. hoc consideravit Scævola : ideoque respondit, veritati locum superfore. sensus Scævola huc exit, matris professionem quidem facere suspicionem ; sed levem : ita nihil efficere, utique in præjudicium filii & mariti, præsertim absentis. tum possit videri per falsam fecisse professionem. Aliud in *l. 27. D. h. t.* in qua hæc sunt verba Scævola, *Qui testamentum faciebat, ei qui usque ad certum modum capere potuerat, legavit licitam quantitatem.* Scævola in his verbis respicit ad Legem Juliam & Papiam : quæ (ut in *l. 36. D. de mort. caus. donat.* ait Ulpianus, monstrante Inscriptione) orbo, verbi gratia, concessit modum certum ad capiendum. Merillius aliter : malens, Scævola accipere de modo Lege Cincia præscripto. Sed Merillium erudite refutat Brummerus *Comm. ad Leg. Cinc. c. 6. & c. 12.* quem non describo. tu eum, si lubet & vacat, vide. Meo instituto sufficit : quod testator apud Scævola volens personæ incapaci plus legare, quam per Legem licebat, ei quantum poterat legavit : & deinde ita locutus est : *Titio centum do lego quæ mihi pertulit, quæ ideo ei non cavi, quod omnem fortunam & substantiam, si quam a matre susceperat, in sinu meo habui, sine ulla cautione. item eidem Titio reddi & solvi volo de substantia mea centum quinquaginta, quæ ego ex redditibus prædiorum ejus, quorum ipse fructum percepi & distraxi : item de Calendario, si qua a matre receperat Titius, in rem meam converti.* Certum est, tale legatum, si adjecta ei in fraudem Legis est facta causa, non valere jure legati. Sed quæritur, an ad probationem debiti sufficiat testatoris confessio ; ut vel hoc nomine possit a Titio exigi. causa quærendi ; quod incapaci debitum a testatore legari nihil verat ? Scævola ait, a Titio posse exigi ; si probet, omnia ex ratione sua ad testatorem pervenisse. Scævola non fugit qualis qualis ex confessione testatoris nata suspi-

cio. sed hanc in summa nihil operari existimat: contraria præsumptione, testatorem hæc in testamento, eo quod ille non poterat plus capere, in fraudem Legis adjecisse. Sed apparet, præsumptionis quam non repugnantem dixi, cum sola est, nullam vim esse: ut ut faciat in animo Judicis suspicionem, nec tamen id impedit, quo minus cum aliis concurrens possit sufficere ad probationem. Notavit hoc Quintilianus *lib. 5. Inst. orat. c. 8.* Verba Quintiliani. *Alia sunt signa non necessaria quæ si sola, Greci vocant: quæ etsi ad tollendam dubitationem sola non sufficiunt, tamen adjuncta cæteris, plurimum valent. Signum vocant, ut dixi, quævis, quamquam id quidam indicium, quidam vestigium nominaverunt per quod alia res intelligitur, ut per sanguinem cades. at quia sanguis vel ex hostia resperisse vestem potest, vel e naribus profluxisse: non utique qui vestem cruentam habuerit, homicidium fecerit. Sed ut per se non sufficit, ita cæteris adjunctum, testimoni loco dicitur, si inimicus, si minatus ante, si eodem loco fuit: quibus signum cum accessit, efficit, ut quæ suspecta erant, certa videantur.* Simile quid in fama. de qua quid in utramque partem dici possit, tradit Quintilianus *d. lib. 5. c. 3.* Breviter sic Virgilius *lib. 4. Aeneid. vers. 188.* *Tam ficti praviq; tenax, quam nuncia veri.* Ita levis ejus fides, nec ultra suspicionem, si sola sit: quod si velut consentiens sit, confirmat rei de qua queritur fidem *l. 3. §. 2. D. de testibus.* nec jam fama appellatur, sed veritas. optime Tertullianus *Apologetic. c. 7. pag. 82.* *Quid? quod ea illi (fama) conditio est, ut non nisi cum mentitur, perseveret. Et tamdiu vivit, quamdiu non probat. siquidem ubi pro-*

bavit, cessat esse, & quasi officio nunciandi functa, rem tradit, & exinde res tenetur, res nominatur. Aliud exemplum in *l. 26. D. h. t.* Procula cum fratri deberet pecuniam, ab herede conventa, recusat solutionem: quod dicit, a fratre sibi invicem deberi fideicommissum; idque cum eo quod debet compensari oportere. heres resistit compensationi: quod dicit, fideicommissum fratri esse remissum, ideoque deberi desuisse. id vero probat variis conjecturis. prima est, quod Procula fideicommissum a fratre, quamdiu vixit, nunquam petiit: petitura procul dubio, nisi remississet: in primis cum esset fideicommissum magnæ quantitatis. accedit, quod remissioni potuit causam dare benevolentia ex conjunctione sanguinis inter fratrem & sororem non improbabilis. tertia conjectura est: quod Procula cum fratre, dum viveret, rationes expunxit; & cum liqueret, ejus rationem debere rationi fratris, illi quod debebat, solvit: non solutura; si putasset, invicem sibi a fratre esse debitum. quarta conjectura est, quod id non ex una fecit causa, nec semel; sed variis ex causis, & sæpe. Vides argumenta, singula imbecilla ad probationem: interim juncta valent; & mutuo auxilio sustinentur: quia multa sunt, & ad ejusdem rei probationem omnia spectant. Sic Quintilianus *lib. 5. c. 12.* addit post in alia specie, Singula levia sunt, & communia, universa vero nocent, etiamsi non ut fulmine, tamen ut grandine. quid igitur est? ait Papinianus, D. Commodum, cum super eo negotio cognosceret, non admisisse compensationem, quali tacite fratri fideicommissum fuisset remissum.

TITVLVS IV.

De fide instrumentorum & amissione eorum.

Age, nunc tractemus de probatione inartificiali: quam fide instrumentorum & testium contineri, nostri voluerunt. Paulus *l. 1. h. t.* Instrumentorum, inquit, nomine omnia accipienda sunt quibus causa instrui potest: & ideo tam testimonia, quam personæ, instrumentorum loco habentur. Sic Paulus: latius sumpro vocabulo. at sub hoc Titulo angustior instrumentorum significatio est; tantum complectens scripturas ad fidem rei gestæ faciendam confectas. eas designat Gajus *l. 4. D. h. t.* Fiunt, inquit, scripturæ, ut quod actum est, per eas facilius probari possit. Addit Gajus, sine his valere quod actum est, si habeat probationem: & utitur exemplo, sicut nuptiæ sunt, licet testatio sine scriptis habita est. Similiter in *l. 9. C. h. t.* dicitur, Instrumentis etiam non intervenientibus, semel divisio recte facta non habetur irrita. Est autem id maxime verum, nisi in contrahendo pactum conventum sit, ut scriptura fiat. tum enim non erit perfectus contractus: nisi illa omnibus modis perfecta atque absoluta. prorsus ut pœnitentiæ interim sit locus, atque impune; nisi arrhæ intervernerint *l. 17. C. h. t.* Pertinent igitur scripturæ tantum ad probationem rei gestæ: ad ejus substantiam non pertinent. Et consequenter optime sic Diocletianus & Maximianus *l. 10. C. d. t.* Cum instrumentis etiam non intervenientibus venditio facta rata maneat: consequenter amissis etiam quæ intercesserant, non tolli substantiam veritatis placuit. utique, (quod subjicitur *l. 13.*) si aliis indubiis probationibus probari possit.

Quod attinet ad formam conficiendi instrumenta, de ea extat Constitutio Imp. Justiniani *Novell. 47. c. 1.* jubens, eos quicumque gestis ministrant, sive in judiciis, sive ubicumque conficiuntur acta, & tabelliones qui omnino qualibet forma documenta conscribunt, id observare; ut primum ponant annum imperii Imperatoris, tum nomen Consulis qui in eo anno sit, dein indictionem, item mensem & diem quo conscriptum sit instrumentum. ac si qui sint O-

rientis habitatores qui instrumentis suis præterea velint inserere annum quo condita sit civitas in qua vivunt, ne id quidem ipsis invidet. De invocatione nominis Divini queritur, an vel eam præmitti Imperator velit? putavit inter alios Bernardus Waltherus V. CL. *lib. 2. Miscellan. c. 1.* voluisse præmitti; & si omissa sit, pro nullo haberi instrumentum. Sed ausim certare vel deposito pignore, quod Waltherus putavit, nunquam cogitalle Justinianum. Scio: ille provocat ad sequentia Imperatoris verba: *Et inchoetur mox, auctore Deo, a præcedente prima indictione.* Frustra: non enim referenda sunt hæc verba ad formulam instrumenti: sed ad id quod a Justiniano est de ea constitutum, huc spectant, ac de eo loquuntur. sensus hic est: Et inchoetur mox hæc Constitutio, sive quod hic constitutum est, a præcedente prima indictione. quo modo? ait, *Ita quodammodo eis scribentibus:* id est, hac formula, quæ sequitur: *Imperii Justiniani, sacratissimi Augusti & Imperatoris anno 11. post consulatum Flavii Belisarii Clarissimi Viri anno 2. die autem tot, & tot. cal.* Sed apparet, in hac formula quam observari jubet Imperator, non posita invocatione Divini nominis, eam a Justiniano in instrumentis nullam desiderari, nec esse necessariam.

Nunc de fide instrumentorum disputabo. ea non est par omnium. nam quædam sunt publica, quædam privata. publica vero vel publice facta, (quæ vere publica: ut libri census, monumenta publica *l. 10. D. de probat.*) vel publice confirmata, quæ quasi publica appellantur; & est exemplum in *l. 11. C. Qui potior. in pign.* item si quod factum sit a Tabellione. privata instrumenta inter alia sunt chirographa, epistolæ, annotationes privatæ & domesticæ. Effectus publicorum instrumentorum, plenam facere fidem *l. 15. & 11. C. h. t.* etiam majorem, quam testes *d. l. 10. D. de probat.* In privatis duo queruntur: primum est, an debeat scribenti fides haberi contra se: alterum est, an ei debeat credi scribenti

pro se. quod ad primum attinet ; interest , utrum scripturæ adfuerint testes , an non. priore casu non est dubium , quin scribenti habenda sit adversus se fides , testibus scripturam adjuvantibus : posteriore casu contra est , si quidem indiscreta sit scriptura : id est , si non contineat debendi causam. at si discrete loquatur , id est , si in ea expressa sit debendi causa ; non est , cur ei credi non debeat : nisi contrarium evidentissime probetur *l. 25. §. ult. D. h. t.* Hoc : si is qui scripsit , suam agnoscat manum ; confessus , se scripsisse. quod si inficietur , solet literarum comparatio institui ex similibus ejus scriptis , publicis , vel privatis , jure jam ante Justinianum recepto. sed is id coërcuit *l. 20. §. Auth. seqq. C. h. t.* vetans literarum comparisonem fieri ; nisi ex scriptura , habente subscriptionem trium testium. Secunda quæstio est , an scribenti habenda sit fides pro se ? Sed non placet : & clara ratione , quod est exemplo perniciosum , aliquem sua privata scriptura aut annotatione alium facere debitorem : cum possit , quidquid vult , scribere ; nec alter contra possit id ulla providentia prævenire , aut impedire. nec hic distinguendum , utrum is qui scripsit , sit vilis , an in dignitate positus , hone-

stus , an improbus : cum plerumque homines nequissimi se ferant pro viris bonis & honestis , quo facilius decipiant imprudentes. adeo non de moribus quaerimus , sed de jure : plus dicam , nec fisco credi hac in parte , nec defuncto in ultima voluntate certam pecuniæ quantitatem aut res certas sibi deberi significanti *l. 5. 6. 7. C. de probat.* maxime , si testator non jura-verit : alioquin necesse habent heredes religioni stare , aut relictis non fruentur. creditoribus tamen ex hoc nihil præjudicii erit. *Auth. Quod attinet d. t.* Sunt hæc certi juris , producta sola annotatione privata seu domestica , sine aliis adminiculis : nam si his adjuvatur , contra observatur *d. l. 5.*

Non minus recte tradit Paulus *l. 2. D. h. t.* quicumque a fisco convenitur , cum non ex indice & exemplo alicujus scripturæ , sed ex authentico (quod exemplar appellatur) conveniendum esse. ita si contractus fides potest ostendi : cæterum calumniosam scripturam vim in judicio obtinere , non convenit.

Illud quoque retinendum diligenter , quod est a Justiniano scriptum *Novell. 119. c. 3.* si quod instrumentum se referat ad aliud , referenti non credi , nisi constet de relato.

T I T U L U S V.

De testibus.

EXposita fide instrumentorum , id est , una parte probationis inartificialis ; sequitur altera de testibus. Est vero , ut Arcadius Charisius *l. 1. h. t.* loquitur , testimoniorum usus frequens ac necessarius. Arcadius testimonia dixit pro testibus : quo modo ministeria pro ministris dicuntur *l. 9. D. de pignoribus* , & servitia pro servis , apud Tacitum , *l. 4. Histor. c. 23.* item amicitia & familiaritates pro amicis & familiaribus apud Suetonium , *Tiberio c. 51.* Est hoc observandum : quia testimonia sunt testium depositiones : testes sunt personæ , ad faciendam fidem adhibitæ : & est rescriptum ab Hadriano , testibus se , non testimoniis crediturum *l. 3. §. 3. & 4. D. h. t.* Est igitur testium usus frequens & necessarius , cum in civilibus , tum in criminalibus , causis *d. l. 1. §. 1. h. t.* etsi nec defunt aliquæ , in quibus non est testibus locus. ita in *Novell. 74. c. 4.* Justinianus in legitimatione per subsequens matrimonium solis jubet credi instrumentis , non testibus : sæpe expertus , in ea materia esse falsos. Similiter in *l. 1. C. h. t.* vetatur non scriptum testimonium ferri contra scriptum : nisi (quod temperamentum ponitur postea in *l. 18.*) sint testes quinque integræ opinionis.

Quærentibus , quinam possint testes adhiberi ? placet Arcadio *l. 1. §. 1. h. t.* omnes posse , quibus non est interdictum testimonium. Prohibentur autem quidam omnino ; alii secundum quid. omnino servi. Terentius meminit , *Phorm. 1. 562.* *Servum* , inquit , *hominem causas orare leges non sinunt , neque testimonii dictio est.* Idem intelligitur ex *l. 11. §. Auth. seq. C. h. t.* ac pro ratione est hoc Licinii Rufini ex lib. 2. Regularum , Idonei non videntur esse testes quibus imperari potest , ut testes sint *l. 6. D. h. t.* Et tamen observat Modestinus in *l. 7.* quæ est ex lib. 3. Regularum , a Regula exceptionem. ea exceptio est , Servi responso tunc credendum esse , cum alia probatio ad eruendam veritatem non est. quod quemadmodum accipiendum sit , indicavi *lib. 1. Probabil. c. ult. & lib. 3. c. 6.* Ibidem indicavi simul , servis in hujusmodi casu non juratis credi , sed tortis. ita quod in liberis est iurandum , in servis tormentum esse. Præter servos sunt & alii , qui omnino testimonium ferre prohibentur : ut furiosi & mente capti *l. 20. §. 4. D. Qui testam. fac. poss.* Item quos Imperator *§. 6. Inst. de testam. ordin.* ait , Leges jubere improbos esse & intestabiles : qualis est damnatus ob famosum libellum *l. 21. pr. h. t.* quod vero lege quis intestabilis juberetur esse , eo pertinere Gajus ait , ne ejus testimo-

nium recipiatur , & eo amplius , neve ipsi dicatur testimonium , & ita quosdam putare *l. 26. D. Qui testam. fac. poss.* Superioribus addendi insignes famosi , quales sunt harenarii , qui ad bestias ut depugnant , se locaverint ; qui , quæve palam corpore quaestum fecerint *l. 3. §. 4. h. t.* quod si quis aliter infamis sit , ejus testimonium non est omnino inutile : ut paulo post dicitur. præterea non potest testis adhiberi , qui judicio publico damnatus erit , quive in vinculis custodiave publica erit , item qui ob testimonium dicendum vel non dicendum pecuniam accepisse judicatus vel convictus erit *d. l. 3. §. 5.* Item sic ait Paulus *l. 14. h. t. Repetundarum damnatus , nec ad testamentum , nec ad testimonium adhiberi potest.* Contra ait Ulpianus *l. 20. §. 5. D. Qui testam. fac. poss. Eum qui lege repetundarum damnatus est , ad testamentum adhiberi posse existimo : quoniam in judicium testis esse vetatur.* Nectentanda hic conciliatio : ut post Græcum Scholiasten , *Basilic. lib. 21. tit. 1. lit. O. pag. 554. & lit. P. pag. 555.* optime vidit Collega meus , D. Schultingius V. CL. ad Paul. *lib. 4. Sent. tit. 3. pag. 344.*

Secundum quid esse testes prohibentur vulgariter infames : nam horum testimonium non omnino quidem est inutile : sed Judicis officio permittitur æstimatio ; an & quatenus illis habenda sit fides *l. 3. & l. 13. D. h. t.* Præterea etiam secundum quid prohibentur minores viginti annis testes in criminalibus causis ab accusatore citari *l. 20. D. h. t.* Similiter habet mulier (nisi si palam corpore fecerit quaestum de qua supra dictum ex *l. 3. §. 5.* aut sit adulterii damnata) in judicio testimonii dicendi jus *l. 18. D. h. t.* sed in testamento non habet *l. 20. §. 6. D. Qui testam. fac. poss.* quod de Hermaphrodito dicemus ? hic an ad testamentum adhiberi possit , qualitas sexus incallescentis ostendit *l. 15. §. 1. D. h. t.* Illud nemo non probat , (quod a Pomponio traditum *l. 10. d. t.*) nullum in re propria intelligi idoneum testem : ideoque (ut dicitur in *l. 10. C. d. t.*) omnibus in re propria dicendi testimonii facultatem jura submoverunt. nempe quia frustra petatur testimonium ; ubi cum ratione metui potest , ne a natura sui studiosa corrumpatur. ab eadem causa neque pater filio , aut filius patri , idoneus testis est *l. 9. D. d. t.* Nec aliunde venit , quod cuidam Rosæ rescribitur *l. 3. C. eod.* Etiam jure civili domestici testimonii fidem improbari. Paulus quoque in *l. 24. D. h. t.* narrat , testes eos quos accusator de domo produxerit , interrogari non pla-

placuisse : sine dubio , quod idonei non videntur testes quibus imperari potest, ut testes fiant *l. 6. D. h. t.* Similiter refert Arcadius *l. ult. D. h. t.* Mandatis caveri , ut Præsides attendant , ne patroni in causa, cui patrociniū præstiterunt , testimonium dicant. quod & in executoribus negotiorum servandum esse. De hæreticis, cum insignibus , tum aliis , an & quatenus illi ad testimonium admittantur , extat Justiniani Constitutio *l. 21. C. de Heretic. & Manich.*

Indicavi plerisque a testimonii dictione aut omnino , aut secundum quid , remotos. restat quod initio dictum est , reliquos non prohibitos, ad testimonium admitti : non modo si velint , esse testes ; sed etiam , si nolint , invitos cogi testimonium perhibere impensis eos petentis : sic enim constituit Justinianus *pr. & §. 1. l. 16. C. h. t.* volente publica utilitate , ne veritas occultetur , quam liquere , interest humanæ societatis. Ea igitur ratione ait Venulejus *l. 22. D. h. t.* Curent Magistratus cujusque loci, testari volentibus & se ipsos & alios testes vel signatores præbere : quo facilius negotia explicentur , & probatio rerum salva sit. Eadem ratione , si non possit alias constare de veritate , etiam personas inhabiles admitti jura voluerunt *l. 7. D. h. t.* nec est hic præmittendum, quod Arcadius *l. 21. §. 2. d. t.* Si ea, inquit, rei conditio sit , ubi harenarium vel similem testem admittere cogimur , sine tormentis testimonio ejus credendum non est.

Sunt tamen (ut Justinianus perhibet *l. 16. C. h. t.*) quæ legibus prohibentur ad testimonium cogi ; talesque esse dicit personas illustres , & quæ supra illustres sunt : nisi sacra forma intervenit. Præterea ait *pr. & §. 1. l. 19. D. h. t.* Ulpianus , invitos testimonium non dicere publicanos : item eum qui non detrectandi testimonii causa aberit : item eum qui quid exercitui præbendum conduxerit : sed nec pupillis testimonium denunciari posse. Jam vero Paulus *l. 4. D. h. t.* Lege Julia judiciorum publicorum inquit , cavere ; ne invito denunciatur , ut testimonium litis dicat adversus focerum , generum, vitricum, privignum, sobrinum , sobrino natum , eosve qui priore gradu sunt. Addit Gajus *l. 5.* In legibus quibus excipitur , Ne gener aut focer invitus testimonium dicere cogetur , generi appellatione sponsum quoque filiae contineri : item foceris sponsæ patrem. Insuper ait Paulus *d. l. 4.* Lege Julia judiciorum publicorum cavere , ne liberto ipsius, libertorum ejus, parentum, viri, uxoris : item patroni patronæ adversus liberos, neque liberti adversus patronum, cogantur testimonium dicere. Imo Diocletianus & Maximianus *l. 12. C. h. t.* jubent, libertorum adversus patronos illicitas atque improbas voces pænæ objectione præcludi : ita , ut non solummodo sponte prodire non audeant , sed ne vocati quidem in judicium venire cogantur. Idem Imperatores simili ratione Tertullo cuidam rescribunt *l. 6.* parentes & liberos invicem adversus se nec volentes ad testimonium admittendos esse.

Nunc videndum de numero testium. & quidem si Lex certum desiderat numerum : non est dubium , quin is sit observandus : ut in testamentis septem ,

§. 3. Inst. de testam. ordin. in codicillis quinque *l. ult. §. ult. C. de codicill.* itemque est in casu *l. 18. C. h. t.* Cæterum in *l. 11. D. h. t.* ait Ulpianus , ubi numerus testium non adjicitur , etiam duos sufficere : cautus, pluralem elocutionem duorum numero contentum esse. plane unus , sive singularis testis , pro nullo habetur. adeo eum audiri verat Constantinus , etsi præclaræ curiæ honore præfulgeat *l. 9. §. 1. C. h. t.* estque insignis error Interpretum , existimantium , eum quidem non facere plenam probationem , quæ sufficiat ad condemnationem ; sed semiplenam, quæ jurejurando judiciali ex decreto Judicis suppleri debeat. sed hanc sententiam jam refutavi supra sub Titulo , *De jurejurando.*

Ad formam perhibendi testimonii spectat , quod in testamentis non valent testes fortuiti , sed rogati *Authent. Rogati C. h. t.* ad fidem rei gestæ faciendam etiam non rogatus testis intelligitur *l. 11. D. h. t.* Similiter spectat ad formam , quod testis , nisi jurato , non creditur. Seneca *lib. 2. De ira c. 29. De parvula summa judicatu tibi res sine teste non probaretur. testis sine jurejurando non valeret.* Constantinus *l. 9. C. h. t.* hoc plus desiderat ; ut testis juret , antequam testetur : *jurisjurandi* , inquiens , *religione testes , prius quam perhibeant testimonium , jam dudum arcari præcepimus.* Nec dubito , quin idem spectet hoc Asconii Pediani in *orat. Ciceronis in Verrem , de prætur. urban. p. 94. Jurati testes produci solent , non solum ne falsa dicant , verum etiam , ne quæ vera sunt , taceant.* quod facilius facturus creditur jurejurando post depositionem, quam ante , præstiro. Solent porro testes testimonia apud Judicem deponere, præsentem utroque litigatore. Quo modo ? Asconius Pedianus , *Not. in orat. Ciceronis in Verrem De prætur. urb. p. 72.* Tenore, inquit , debemus , interrogationes testium & accusatoris & defensoris esse , & ejus qui producit , & ejus contra quem producantur. Idem post *pag. 93.* Loqui , nisi interrogato, testi non licebat. interrogatur autem & ab eo contra quem productus. Hoc igitur modo accipiendum , quod Justinianus *l. 18. C. de fide instrum.* dicit , depositiones fieri sub præsentia utriusque partis. nisi , quod addendum , altera pars absit per contumaciam. tum enim potest Judex , alterutra parte præsentem , testimonia capere. *l. 19. C. h. t.* Satis hæc liquent. & tamen receperunt difficultatem a *l. 14. C. h. t.* in qua dicitur : quod testis debet judicantis intrare *secretum.* Sed *secretum* non significat locum , a quo arceantur litigatores : sed locum in quo judicia exercentur admittis litigatoribus : quem locum *secretarium* appellari, intelligitur ex *l. 3. pr. & §. ult. C. Ubi Senator. vel clariss.* a Paulo *l. 40. D. de reb. cred.* vocatur *auditorium.* Ratio autem , cur *secretum* , vel *secretarium* , dicatur, hæc est : quod olim in foro jus dicebatur sub dio , præsentem populo. postea judiciis ad Basilicas translatis , (quod factum refert auctor Dialogi *De causis corruptæ eloquentiæ c. 38. & 39.*) inde *secretum* & *secretarium* appellatum , quia paucis jam præsentibus , litigabatur.

TITULUS VI.

De juris & facti ignorantia.

Tractatus De juris & facti ignorantia , quem præfens Rubrica pollicetur , superiori , De probationibus & præsumptionibus , quali ejus pars sit , non male jungitur. quam autem ignorantiam vocat Rubrica, Papinianus in *l. 7. & 8.* errorem appellat : etsi error, rem considerantibus , est credulitas , causam sortita ex veri ignorantia. sed in proposito pro iisdem accipiuntur : comprehenso sub utroque nomine defectu necessaria in rebus agendis scientiæ. Eam ignorantiam Paulus *l. 1.* facit duplicem , aliam juris ,

aliam facti. altera est , nescire moribus ac legibus constituta : altera est , nescire rem , ut gesta est , aut contigit. Non arcesam exempla : compluribus & claris a Paulo proditis *d. l. 1. §. 1.* Sed non silebo sequentem Neratii observationem ex *l. 2. In omni parte error in jure non eodem loco quo facti ignorantia haberi debet.* qua ratione ? hanc subjicit : *Cum jus finitum & possit esse & debeat : facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat.* Sed ignorantia facti (inde enim incipiam) non una conditio est :

aut

aut enim est proprii facti, aut alieni. prior reprehensibilis, posterior tolerabilis, censetur *l. 5. § 1. D. Pro suo.* nisi summa negligentia obijciatur. quid enim, si omnes in civitate sciant quod ille solus ignorat? supina illa dicitur ignorantia; & ut Ulpianus ait *l. 6. h. t.* non ferenda: ut nec scrupulosa inquisitio exigenda. putat igitur, scientiam, ignorantiam de qua quærimus, adversam, & in rebus agendis necessariam, hoc modo æstimandam esse: ut neque negligentia crassa, aut nimia securitas satis expedita sit, neque delatoria curiositas exigatur. Eodem modo Labeo, & (ut Paulus *l. 9. §. 2. d. t.* censet) recte definit, scientiam neque curiosissimi, neque negligentissimi, hominis accipiendam: verum ejus qui eam rem diligenter inquirendo notam habere possit. Breviter refert Pomponius *l. 3. §. 1. d. t.* ex Sabini & Cassii sententia, ignorantiam accipiendam non deperdiri & nimium securi hominis. Talem facti ignorantiam non nocere, ait Palus *d. l. 9. pr.* usus figura Rhetorica Poëtis familiari, nec tamen nostris insolita. Litotes appellatur: qua aliquando plus, aliquando minus dicitur, quam significatur. posterius hoc loco mavult Paulus. nam cum ait, *regulam esse, facti ignorantiam non nocere*: non solum vult, non obesse cuiquam, sed hoc plus indigitat, omnibus prodesse. Ejus interpretationis causam hanc habeo: quod & damno liberat facti ignorantia, & ad lucrum prodest *l. 5. D. § l. 4. C. h. t.*

Exposita est facti, sequitur juris, ignorantia. de qua sic Paulus *d. l. 9. Regula est, juris ignorantiam cuique nocere.* Paulus verbo, *Nocere*, aliter hac parte utitur, quam superiore: quippe illic minus, hic plus dicit, quam intelligit. non opus verbis: cum ait, juris ignorantiam cuique nocere; nihil aliud denunciat, quam non prodesse omnibus. Hoc suadet Pomponius *l. 4. h. t.* sic scribens: *Juris ignorantiam in usucapione negatur prodesse.* Mitto Pomponium: ipse Paulus *d. l. 9. §. 3.* in eundem sensum, *Sed juris*, inquit, *ignorantiam non prodesse, Labeo ita accipiendum existimat.* Paulus juris ignorantiam quam initio capitis dixit cuique nocere, nunc dicit, non prodesse. Sit igitur hoc proximum signum, Paulum indigitare, juris ignorantiam magis non prodesse, quam nocere: consequenter non adferre lucrum, non etiam adferre damnum, at nec damno eximere. Non alio modo accipio hoc Papiniani *l. 7. d. t.* *Juris ignorantia non prodest adquirere volentibus: suum vero potentibus non nocet*: Item in *l. 8. juris error nec foemina in compendiis prodest. Caterum omnibus juris error in damnis amittende rei sua non nocet.* Sensus Papiniani est, juris errorem neque mares, neque foeminas commodo afficere: nam in lucris obesse omnibus, tam foeminis, quam maribus: in damnis autem non prodesse omnibus. itane? non nocere non est prodesse: sed est medium inter nocere & prodesse: ut non velle est medium inter velle & nolle, auctore Cujacio *l. 5. Observ. c. 39.* Putemus igitur, Paulum in *d. l. 9. pr.* cum ait, juris ignorantiam cuique nocere, non significare, eam cuique damnum adferre: non enim ita est: sed non prodesse cuique; id est, erranti cuique non subvenire adversus damnum quod facit; sive errantem omnem non semper damno quod incurrit, eximere. Quid hæremus? manifesta Pauli sententia in *d. l. 9. §. ult.* hoc modo scribentis: *Sciant ignorantiam facti, non juris prodesse: nec stultis solere succurri, sed errantibus.* Paulus errorem juris vocat stultitiam: eaque loquendi forma designat esse errorem, sed crassum, id est, latam culpam, sive supinam & summam negligentiam, nulla dignam veniam: ideoque nec ad lucrum prodesse, nec damno liberare: id enim est, non stultis succurri, sed errantibus. Sic Paulus: quamquam non absolute, nec sine moderatione. contra ait *d. l. 9. §. 3.* hanc regulam, *Juris ignorantiam non prodesse,* a Labeone ita accipi, si Jurisconsulti copiam haberet, vel sua prudentia instructus sit, ut cui facile sit scire; ei detrimento sit juris ignorantia. Et convenienter

his rursus *l. 10. D. de bonor. possess.* ait, satis esse, quem habuisse copiam eorum quos consuleret: scientiam enim non hanc accipi quæ Jurisprudenter sit, sed eam quam quis aut per se habeat, aut consulendo prudentiores absequi potest. Atque ita est: juris ignorantia, non est ignorantia artis nostræ: sed juris per vulgari, & omnibus noti. eo jure censentur leges publice propositæ. quas omnes sciunt, & intelligunt: sunt enim finitæ aut esse debent. utique publice propositæ, ab omnibus legi possunt. quod si quis eas non legerit, cum posset & deberet legere; sibi imputet earum ignorantiam: ideoque iis perinde tenetur, ac si eas sciret. quod si quæ in legibus videatur ambiguitas: sunt juris periti quos potest consulere, quisquis dubitat. ita facile est, unicuique scire, quo jure enim in civitate uti oporteat. id vero nescire quod sciunt omnes. quæ inexcusabilis est stultitia, quam culpam latam appellamus.

Plane Paulus in *d. l. 9. pr. §. 1.* excipit personas quasdam quibus permillum sit, jus ignorare: tales esse ait minores viginti quinque annis: suadente lubricitate consilii, huic ætati succurri, atque indistincte, cum in damnis, tum in lucris quoque: quod & supra observatum sub Titulo, *De minoribus.* Idem Paulus concedit foeminis, propter infirmitatem sexus: sed his non in omnibus causis, sed in quibusdam: puto, in damnis dumtaxat, non etiam in lucris: eoque pertinere, quod in præsentia addit Paulus: *Et ideo sibi non est delictum, sed juris ignorantia, non laduntur.* Ne milites quidem hic præterit Paulus: favente eis simplicitate armatæ militiæ: nam hanc rationem adfert Antoninus *l. 1. C. h. t.* Exemplum Paulo *d. l. 9. §. 1.* Si filiusfamilias miles a commilitone heres institutus, nesciat sibi etiam sine patre licere adire; ac præfatur, quod per Constitutiones Principales jus ignorare potest: & ideo ei dies additionis non cedit. quod est notandum: quia inde apparet, ei juris ignorantiam non in damnis tantum, sed in lucris quoque, prodesse. De rusticis in *d. l. 9.* tilet Paulus. est tamen vel in his causa benignitatis. Virgilium audi *lib. 2. Georgic. vers. 501.*

— — — Nec ferrea jura

Insanumque forum aut populi tabularia vidit.

Quid ni igitur hac parte etiam rusticitati subveniatur: atque id placet Ulpiano *l. 1. §. ult. D. de edendo.* imo hic addit, & aliis subveniri ex alia justa causa. nec dubito, quin sint enumerati a Paulo *l. 25. §. 1. D. de probat.* hi, *vel pupillus, vel minor, vel mulier, vel forte vir quidem perfectæ ætatis, sed miles, vel agricultor & forensium rerum expertus, vel alias simplicitate gaudens & desidia deditus.* Dicta de pupillo, minore, muliere, milite, vel agricultore, & forensium rerum experte, liquent. sed quis ille, *alias simplicitate gaudens & desidia deditus?* Scholiastes Græcus *lib. 22. Basilic. tit. 1. lit. Q. tom. 3. pag. 41.* Monachos dicit. imperite: nam ubi Monachi Pauli tempore? primi in Ægypto orti sub Diocletiano, & Maximiano, occasione persecutionum quas illi Principes quam injuste, tam crudeliter, adversus Christianos exercebant. De Monachis igitur, qui tum erant incogniti, cogitare non potuit Paulus. tamen quæ Græci Scholiastæ, ea & Emundi Merillii, fuit sententia *lib. 2. Observ. c. 20.* nisi quod hanc adjectionem adscribit Triboniano, de Christiana religione, ut ait, parum recte sentienti. Sed mea ratio est, parcere Triboniano, atque illum *simplicitate gaudentem & desidia deditum* Paulo vindicare. Causa meæ interpretationis: quod hujusmodi homines non cum Monachis esse cœperunt. contra fuerunt illi semper, etiam ante Monachos, & adhuc sunt, præter Monachos. ita puto; & hoc hominum genus a Paulo opponi homini diligenti & studioso patrifamilias: quem circa finem Principii *d. l. 25.* noluit præsumi, facta solutione sua bona sponte jactasse, cum esset alioquin prudens & ad res suas attentus, longe aliter, ac si sit, id est, si probetur, alias, id est, passim, sive in plerisque a natura, non hoc uno casu, fuisse simplicitate gaudens, & desidia

desidia deditus. Sic mihi persuadeo; nec dubito, quin talis homo sit idem tutori qui ab Ulpiano *l. 3. §. ult. D. de suspect. tut.* ob ingentiam segnitiam, rusticitatem, inertiam, simplicitatem, inemptiam, dicitur a tutela salva existimatione removeri. huiusmodi certe homines, ad res gerendas inidoneos, negligentia, ignavia, socordia, & fatuitate censeretur, demonstravi *lib. 1. Probabil. c. ult.*

Hæc Paulus; (nam huc redeo) si sit mera Juris Civilis ignorantia. sed fac, delictum dici. si veniat ex ignorantia juris naturalis ab hoc nemo excusatur:

quia id jus a natura omnibus infusum, a nullo ignorari potest. Sapienter Cato apud Lucanum *lib. 9. vers. 575.*

--- -- Dixitque semel nascentibus auctor,
Quidquid scire licet. --- --

Exempla in *l. 2. C. de injus vocando*, item in *l. 38. D. Ad Leg. Jul. de adult. & l. ult. D. de ritu nupt.* Miserationem tamen ætatis aliquando Judicem etiam hic ad mediocrem poenam producere, Tryphoninus scribit *l. 37. §. 1. D. de minorib.*

LIBER VIGESIMUSTERTIUS.

TITULUS I.

De sponsalibus

PRÆTER obligationes de quibus fuit hactenus actum, occurrit hic alia dotis nomine. de qua dicturo alius repetenda res fuit a nuptiis: ad quas unice dos respicit. & quia in sponsalibus de dote ac cæteris nuptiarum conditionibus agi solet: omnibus præmissis fuit tractatus de sponsalibus. Sunt autem sponsalia Florentino *l. 1. D. h. t.* mentio & repromissio nuptiarum futurarum. Janus Gulielmius, præstabilis Vir eruditionis, *c. 2. Question. in Plauti Aulul. 2. 2. vers. 26.* verba hæc, *mentio & repromissio*, interpretatur postulationem sive stipulationem & promissionem: convenienter, ut ipse putat, erudito verborum usui, certe origini: sponsalibus a spondendo dictis; quia solent Veteres sibi stipulari uxores futuras: atque inde sponsi sponsæque appellatio. constat ex *l. 2. & l. 3. D. d. t.* etiam si ex *A. Gellio lib. 4. Noct. Attic. c. 4.* præterea compluribus Plauti locis jam ab aliis sæpe allatis. Hoc olim obtinuit. sed mutatum postea: quamquam re sublata mansit sponsaliorum nomen: ut & alibi fieri memini sub Titulo, *Mandati*. Ita adhuc dicimus sponsalia, licet nudus ad ea sufficit consensus sine sponsione, ut docet Ulpianus *l. 4. D. h. t.* nec est alia causa, cur in *§. 1.* subiciat, constare, & absenti absentem desponderi posse, & hoc cottidie fieri. modo (quod ex Pomponio sequitur *l. 5.*) scientibus his qui absint, sponsalia fiant, aut si postea ratum habuerint. Ab eadem ratione ait sic Ulpianus *l. 18. In sponsalibus constituendis parvi refert, per se & coram, an per internumcium vel per epistolam, an per alium hoc factum est; & plerumque conditiones interpositis personis expediuntur.* Sic editur: sed si me audies, expunges verba, *an per alium*: aut immemoriæ Auctoris debita, aut Glossatori: exponenti hæc, *an per internumcium*. Interim non improbo, quod in *l. 7.* Paulus, In sponsalibus, inquit, nihil interest, utrum testatio interponatur, an aliquis sine scriptura spondeat. nam omnibus hisce modis potest consentiri: ad sponsalia autem, præter consensum, nihil desideratur.

Nunc videamus, quos oporteat in sponsalibus consentire. Paulus *d. l. 7. §. 1.* sic scribit: In sponsalibus etiam consensus eorum exigendus est quorum in nuptiis desideratur. Debet igitur primum intervenire consensus eorum quorum in potestate sunt, qui contrahunt: nam horum consensu in nuptiis opus esse, sequente Titulo ostendetur. Deinde fiunt sponsalia, sicut nuptiæ, consensu contrahentium: & ideo sicut nuptiis, ita sponsalibus filiam familias consentire oportet. Sed quæ patris voluntati non repugnat, consentire intelligitur. Tunc autem solum dissentienti a patre licentia filia conceditur, si indignum

Noct. Operum Tomus II.

moribus vel turpem sponsum ei pater eligat. Filio familias dissentiente, sponsalia nomine ejus fieri non possunt. Ita in *l. 11. l. 12. & l. 13. D. h. t.* sed uberius Titulo sequente. Non adderem, quod furor ab initio sponsalibus est impedimento, postea interveniens non nocet, nisi id observandum putasset Gajus *l. 8. D. d. t.* Lubentius dicam, quod in sponsalibus contrahendis definita non est contrahentium ætas, ut in matrimoniis. in quibus præscriptus est annus duodecimus. quapropter a primordio ætatis effici possunt sponsalia: modo si id fieri ab utraque persona intelligatur: id est, si non sint minores, quam septem annis. sic traditum *l. 14. D. h. t.* Aliquem vexet, quod apud Suetonium *Augusto c. 34.* legitur, ab Augusto coarctatum esse tempus habendi sponsas, & quidem, ut ex Gajo *l. 17. D. h. t.* videtur, intra biennium a contractis sponsalibus: præterquam si intervenerit justa & necessaria causa. Verum quod ad Gajum attinet; facile est, ex Inscriptione loci intelligere, eum respicere ad Legem Juliam & Papiam: qua Augusto non fuit negotium, definire tempus a quo sponsalia fieri oporteret. magis voluit, occurrere fraudibus quæ immaturitate sponstarum fiebant ejus Legibus, certa præmia indulgentibus cum maritis, tum sponsis quoque. & ita est: Augustus ex recepto jure nihil immutavit circa ætatem qua contrahi possint sponsalia; sed detectis fraudibus huiusmodi ex immaturis sponsalibus, ne deinceps simile admitteretur, præcepit, eum qui Legum præmia affectaret, sponsalia non ultra biennium prorogare; ideoque ea non contrahere ante annum decimum. Ivisse huc Suetonium, sequentia evincunt ejus verba: *Cumque etiam immaturitate sponstarum, & matrimoniorum crebra mutatione vim legis eludi sentiret, tempus sponsas habendi coarctavit: divortius modum imposuit.* Dion Cassius *lib. 54. pag. 609.* rem ita refert, interprete Lipsio, *Excurs. C. ad lib. 3. Annal. Taciti: At cum quidam pueras desponderent, & præmia nihilominus ferrent maritorum, rem opusque mariti non præstarent: statuit nullam sponsonem firmam esse, post quam, biennio exacto, nuptiæ non sequerentur. hoc est, ut omnino decennem despondere opus esset, si quis sponsonis ejus vellet fructum. puellis enim duodecimus annus plenus, ad nuptias definita ætas censetur.* Possunt igitur ab anno septimo iniri sponsalia: etsi nuptiæ non possint contrahi ante annum duodecimum. Illud fuit quaesitum, an nuptiæ, si intervenerint ante eum annum, saltem valeant jure sponsaliorum, cum non valeant jure nuptiarum: quemadmodum quaeritur, an acceptilatio, si non valet jure acceptilationis, saltem valeat jure pacti. Eam quaestionem tractat Ulpianus *l. 9. D. h. t. & l. 32. §. 27. D. de donat. int. vir. & uxor.* sed non attingam erudite expositas a Jacobo Cujacio *lib. 11. Observ. c. 15.*

Præter hoc annotari dignum, inter quos prohibitum est matrimonium, inter eos prohibita censeri sponsalia *l. 16. D. h. t.* modo eadem sit prohibendi ratio. exemplum in hoc Modestini *l. 15. Tutor factam pupillam suam nec filio suo in matrimonium collocare potest. scias tamen quod de nuptiis tractamus, & ad sponsalia pertinere.* Optime: est enim pupillæ ut in nuptiis, ita in sponsalibus, necessaria tutoris auctoritas: quippe cum sine ea nihil agat. tutor autem in rem suam vel filii sui pupillæ auctor fieri nequit. Ita, si in utroque casu eadem sit prohibendi ratio. quod si non sit: in utroque aliter atque aliter observatur. Exemplum apud Paulum *l. 38. D. de rit. nupt.* Verba Pauli: *Si quis officium in aliqua provincia administrat, inde oriundam, vel ibi domicilium habentem uxorem ducere non potest, quamvis sponsare non prohibeatur.* Et potest differentia conjici ex sequentibus: *Ita scilicet, ut si post officium depositum, noluerit mulier nuptias contrahere, liceat ei hoc facere, arrhis tantummodo redditis quas acceperat.* Simile exemplum est in hoc Pauli *l. 10. §. 1. D. de his qui notant. infam.* *Quæ virum eluget, intra id tempus sponsam fuisse non nocet.*

Nunc age tractemus de jure sponsaliorum. id olim fuit aliud, aliud postea receptum. olim, si stipulatio de sponsalibus intervenisset, erat ex stipulatu actio: ac si non daretur uxor, aut non duceretur; Judices cognoscebant, quamobrem data acceptave non esset uxor. quod si nihil justæ causæ videbatur, litem pecunia æstimabant, quantique interfuerat, eam uxorem accipi aut dari, eum qui sponsonderat, condemnabant. id refert A. Gellius *lib. 4. Noct. Attic. c. 4.* addit Varro *lib. 5. De ling. Latin. pag. 41.* etiam solere certam pecuniam desponderi pœnæ nomine, atque exigi. prudenter: scribit certe Venulejus *l. ult. D. de stipul. prator.* In ejusmodi stipulationibus, quæ

quanti res est, promissionem habent, commodius esse certam summam comprehendere: quoniam plerumque difficilis probatio est, quanti cujusque intersit, & ad exiguam summam deducitur. Hæc: si stipulatio intervenisset. quod si nudo pacto convenisset de sponsalibus: non dabatur ex pacto actio: quippe cum inter cives Romanos pro nullo haberetur jure civili. Igitur erat hoc casu liberum alteri, quamvis invita altera parte, sponsalibus renunciare, & cum quovis alio nova inire, aut matrimonium contrahere. imo obtinuit, invalescente repudiorum & divoriorum licentia, quam matrimoniorum libertatem appellabant; ut ne ex stipulatu quidem cum effectu daretur actio, etsi interpolata de sponsalibus nuptiive stipulatione sive simplice, sive pœnali. Non fallo; ne putes. res certa: nam ut ipso jure teneat hoc in casu stipulatio, ex eaque agi possit: instituta tamen ex stipulatu actio, quia putatur esse adversus bonos mores, & libertatem matrimoniorum impedire. doli mali exceptione eliditur: auctore Paulo *l. 134. D. de verb. oblig.* ac secundum hæc accipio traditum in *l. 71. §. 1. D. de condit. & demonstr. l. 1. C. h. t. l. 2. C. de repud. & in l. 35. §. 1. D. de verb. oblig.*

Plane, si intervenerint arrhæ sponsalitiæ: placuit, eum qui dedit, si per eum stet, quo minus sponsalia consummentur, arrhas amittere; & e contrario eum qui accepit, duplum, vel si ita conventum, quadruplum restituere *l. 3. & l. ult. C. h. t.* nisi habeat justas repudii causas de quibus in *l. 17. D. & l. 2. & ult. C. h. t.* ad quas Cujacius *lib. 16. Observ. c. 35.*

Ne hoc quidem silendum: quod dicentes, licitum in sponsalibus esse repudium; volumus, eum qui a prioribus recedens, mox alia contrahit, non puniri infamia, quasi habeat simul bina *l. 13. §. 1. & 2. D. de his qui notant. infam.*

TITULUS II.

De ritu nuptiarum.

Vidimus de sponsalibus. Videamus de nuptiis, sive matrimonio. nam hæc verba confundit Imperator *§. 1. Inst. de patria potest.* cum distinguantur *l. 10. & 11. D. h. t.* item *l. 66. pr. & §. 1. D. de donat. int. vir. & uxor.* Nimirum aliquando late patet utrumque: aliquando anguste accipitur. nec erravero; arbitratus, nuptias esse vel in specie nuptias, vel matrimonium appellari. illas esse solemniter contractas secundum formam Juris Civilis: hoc esse simplex jure gentium solo consensu, nulla solemnitate constans. Utramque speciem attingit Scævola *d. l. 66. pr. & §. 1. addo, Gajus lib. 1. Inst. tit. 4.* Verba Gaji. *Legitima sunt nuptia, si Romanus Romanam nuptiis intervenientibus, vel consensu ducat uxorem.* Verba, *vel sine consensu*, damnat Johannes Seldenus, Vir eruditus & diligens, *Uxor. Hebraic. lib. 2. c. 20.* fide libri sui manuscripti: in quo desint. sed retineri, res suadet, & sequens Quintiliani locus *Declam. 247.* Gajo non dissimilis: *Fingamus nuptias fecisse nullas: coisse autem liberorum creandorum gratia: non tamen uxor non erit, quamvis nuptiis non sit collocata;* Quod de nuptiis dixi, licet de matrimonio conjicere: præeunte Quintiliano *lib. 5. Inst. Orat. c. 10.* his verbis: *Due sunt formæ matrimoniorum.* In eandem discretionem in *l. 13. §. 1. D. Ad leg. ful. de adult.* conspirant Ulpiani verba, *Omnia matrimonia;* plures species significantia. Præterea ab eadem divisione in *Collat. leg. Mosaic. & Rom. tit. 4.* dicitur a Papiniano Civis Romanus *sine connubio* sibi peregrinam in matrimonio habuisse. Hactenus de usu verborum.

Nunc rem consideremus. Imp. Justinianus *§. 1. Inst. De patr. pot.* sic definit: *Nuptia sive matrimonium est, viri & mulieris conjunctio, individuum vitæ consuetudinem continens.* Primum ait, nuptias sive

matrimonium esse conjunctionem viri & mulieris: videlicet, quia moribus Populi Romani nemini fas est, binas simul uxores habere *l. 2. C. de incest. nupt.* ne Judæis quidem ex eorum legibus *l. 7. C. de Judæis.* & si contra fiat, stuprum appellatur *l. 18. C. Ad leg. ful. de adult.* recteque Domitianus in *Corpor. Inscript.* Jani Gruteri, V. CL. pag. 574. quamdam suam indulgentiam ad hunc format modum: *Dimissis honesta missione emeritis stipendiis liberis posterisque eorum civitatem dedit & connubium cum uxoribus quas tunc habuissent cum est civitas iis data aut si qui cælibes essent cum iis quas postea duxissent dumtaxat singuli singulas.* Altera observatio est: quod Imperator nuptias sive matrimonium vocat conjunctionem minus proprie: neutro enim verbo indigitatur conjunctio; sed consensus de inducenda conjunctione. ita consensus est causa conjunctionis: at conjunctio est effectus ex illa causa, seu illo consensu, productus. Sed non est insolitum nostris, effectum ponere pro causa, aut causam pro effectu. Illud est superioribus consequens, conjunctionis appellatio in definitione nuptiarum seu matrimonii, non corporum, sed animorum conjunctionem intelligere. eamque consensu æstimare, non coitu. Etsi hoc forte alicubi receperit dubitationem: eo quod nubere est coire, & nuptiæ sunt coitus, apud Plautum *Casina Prologo.* Petronium *Satyric. c. 25.* Martialem *lib. 12. Epigr. 66.* Accedebat nuptiarum finis qui est liberorum procreatio, sine corporum conjunctione nulla. Præterea solent qui in matrimonium consentiunt, declarare, se coire liberorum procreandorum gratia: idque tabulis nuptialibus contineri, refert Augustinus *Serm. 244.* Sed evaluit sententia existimantium, nuptias non perfici concubitu; sed consensu in coitum interpolito; eaque

etque coitu deinde consummari : exemplo emptio-
nis & venditionis, quam in loco dixi pro fine habere
rei venditæ traditionem ; sed consensu perfici ; tra-
ditione consummari. Hoc advertit Ulpianus l. 30.
D. de reg. jur. nisi aliam habuit causam sic scribendi,
Nuptias non concubitus, sed consensus facit. Quid, si
huc ferunt quoque hæc ejus verba l. 6. *D. h. t. Deni-
que Cinna scribit, eum qui absentem* (sic editor : sed
ex præcedente l. 5. esse legendum, *eum qui absens,*
bene observavit P. Faber lib. 2. *Semestr. c. 23.*) ac-
cepit uxorem, deinde rediens a cœna juxta Tiberim
perisset, ab uxore legendum. Æque huc redit hoc Pau-
li l. 7. *Ideoque potest fieri, ut in hoc casu aliqua virgo
& dotem, & de dote habeat actionem.* Restat forma
qua ea conjunctio fieri debeat. in ea refert, quid sit
actum : nam aut pactum conventum est ; ut solem-
nes sint nuptiæ, & legitime fiant Jure Civili ; aut sim-
pliciter ineuntur jure gentium. prioris formæ exem-
plum repræsentat hoc Juvenalis, *Sat. 10. vers. 333.*

--- Dudum sedet illa parato

*Flammeolo, Tyrinque palam genialis in hortis
Sternitur ; & decies ritu centena dabuntur
Antiquo ; veniet cum signatoribus auspex.
Hæc tu secreta & paucis commissa putabas,
Non nisi legitime vult nubere.* ---

Hujusmodi porro nuptiæ solemnes Jure Civili fie-
bant tribus modis : usu, farre, & coemptione. quos
exposuerunt Viri Summi, Rævardus, *Ad leg. Duo-
dec. Tab. c. 21.* Sigonius lib. 1. *De antiq. jur. civil.
c. 9.* Brissotius *De ritu nupt.* alii : nec ipse addam
quidquam præter laudem eruditæ diligentiae. Jure
gentium contrahuntur nuptiæ, sive matrimonium,
simpliciter, id est, solo consensu, ut ex Gajo dictum :
neque interest, quo modo, quave forma interpona-
tur : dum liqueat propositum coeundi liberorum pro-
creandorum gratia. Sic Quintilianus, *Declam. 247.
in fin. Serm. Fingamus nuptias fecisse nullas : coisse
autem liberorum creandorum gratia : non tamen uxor
non erit, quamvis nuptiis non sit collocata ?* Quinti-
lianus significat, virum & uxorem vel solemniter con-
jungi jure civili ; vel simpliciter jure gentium. pri-
mum solemniter : id est, factis nuptiis. deinde sine
nuptiis, id est, Jure gentium simpliciter, nudo con-
sensu : Quo modo ? vel palam, vel tacite. palam,
manifesta declaratione coiri liberorum procreando-
rum gratia : sive interveniant tabulæ nuptiales, sive sine
scriptis, fiat ea de re testatio l. 4. *D. de pignoribus. &
l. 4. D. de fid. instr.* Ubi ? coram vicinis aliisque. Bre-
viter Ulpianus l. 6. *D. de his qui sunt sui vel alien. jur.*
dicit, vicinis scientibus : id est, licet matrimonio con-
tracto, adhibitis vicinis testibus, sive facta coram il-
lis testatione, se mulierem domi habere liberorum
procreandorum gratia. Plenius Imp. Probus l. 9. *C.
h. t.* sic exprimit : *Si vicinis vel aliis scientibus ux-
orem liberorum procreandorum gratia domi habuisti,
& ex eo matrimonio filia suscepta, quamvis neque nu-
ptiale stabula, neque ad natam filiam pertinentes fa-
cta sint, non ideo minus veritatem matrimonii aut
suscepta filia suam habere potestatem.* At vir & uxor
non tantum palam sit consensu in matrimonium libe-
rorum creandorum gratia : verum etiam tacite, ma-
ritali honore & affectione per cohabitationem inter
pares demonstrato : auctore Papiniano l. 31. *D. de
donat.* etiam Suetonio, *Caligula c. 24.* nam eo spectat
de Caligula sic scribens : *Mox Lucio Cassio Longino
consulari collocatam abduxit, & in modum justæ ux-
oris propalam habuit.* Simile cogitat Paulus l. 35. *D. de
aur. & arg. leg. Titia amica mea, cum qua sine men-
dacio vixi, auri pondo quinque dari volo.* Quod apud
Suetonium est, *In modum justæ uxoris propalam ha-
bere,* apud Paulum est, *Cum amica sine mendacio
vixisse.* id est, sine dissimulatione vixisse publice, tam-
quam cum uxore liberorum procreandorum gratia :
non eam habere domi specie fororis aut alio nomine :
ut aliquando factum traditur l. 19. *C. de Episcop. &
Cleric.* Hæc inter pares. at inter dispares sola cohabi-
tatione sine testibus aut tabulis nuptias intelligi, non

Noodt Operum Tomus II.

siverunt Veteres, & vetat Justinianus l. 23. §. 7. *C. h. t.*
Modestinus tamen l. 24. *D. d. t. rei claræ* affudit re-
nebras hisce verbis, *In libera mulieris consuetudine
non concubinatus, sed nuptiæ intelligende sunt : si non
corpore questum fecerit.* Eas tenebras observat Scho-
liastes Græcus, *Basilic. lib. 28. tit. 4. l. x. P. pag. 264.
tom. 4.* sic scribens : *Nota jus mirabile, præsumi
quem eam uxorem habere ad quam consuetudinem ha-
bet, si libera sit, nec corpore questum fecerit.* Sic
Scholiastes, sed nihil expedit. Ipse experiar, an ali-
qua sit ad lucem via. & puto, est ; si credamus, Mo-
destinum voluisse, in libera mulieris consuetudine
semper intelligi concubinatum, si corpore questum
fecerit, at si hoc non extet ; aliquando concubina-
tum, aliquando nuptias præsumi : has inter pares ;
illum inter dispares. Sic conjicio, forte audacter : at
superioribus convenienter : in primis etiam Marcia-
no l. 3. *D. de concubinis.* de qua infra sub illo Titulo
pluribus. Veteres porro ab hujusmodi loquendi for-
mis duris atque asperis non semper abstinuisse, suis
exemplis aliquoties demonstravi.

Sed redeo ad definitionem. in ea æstimat Impera-
tor nuptias, sive matrimonium, viri & mulieris con-
junctione. quali ? individuum vitæ consuetudinem
continente. ait individuum : non quod nolit, eam
divortio umquam solvi ex postfacto : sed quod velit,
hoc voto fieri ; ne aliter, quam morte, interrumpatur.
Ne deesset exemplum, apposui hoc Tibulli lib.
3. *Eleg. 3.*

*Sed recum ut longæ sociarem gaudia vitæ,
Inque tuo caderet nostra senecta sinu ;
Tunc cum præmensa defunctus tempora lucis
Nudus Letheæ cogeret ire rate.*

Similiter meretrix vitæ suæ rationem comparans ei
quæ est fœminæ honeste viventis, apud Terentium
Heautont. 2. 4. sic loquitur.

*Vobis cum uno semel, ubi acatem agere decretum 'st
viro,
Cujus mos maxime 'st consimilis vestrum, hi se ad
vos applicant.
Hoc beneficio utrique ab utrisque vero devinci-
mini,
Ut numquam ulla amoris vestro incidere possit cala-
mitas.*

Intelligis, cur vitæ consuetudo viri & mulieris per-
petua appelletur. porro addam, ipsa indigitari non
dicam propositum perpetuæ cohabitationis, ut ali-
quibus videtur ; sed solidæ conjugalis benevolentiae ;
nec tamen vel illam excipiam ; cum ne hæc quidem
aliter retineri queat. Sic Lactantius lib. 3. *Divin. instit.
c. 21.* *Quis aut vir mulierem, aut mulier virum dili-
get, nisi habitaverint semper una : nisi devota mens &
servata invicem fides individuum fecerit charitatem.*
Bene ille : sed optime Modestinus l. 1. *D. h. t. Nup-
tiæ,* inquit, *sunt conjunctio maris & fœminæ, con-
sortium omnis vitæ, divini & humani juris commu-
nicatio.* Aut mihi blandior, aut Modestinus signifi-
cat, nuptiis induci speciem amicitiae viri & mulieris
omnibus numeris perfectæ atque absolutæ ; eoque
non sistentis esse, cujus usus inter eos jure benevo-
lentiae, semper non sit communis. simplicissimus hic
Modestini sensus : atque eo evidentior, quod a Mo-
destino nuptiæ fere iisdem definiuntur verbis, qui-
bus a Cicerone aliisque perfectæ describitur amicitia.
quare nec mirum, utrique tribui effecta, non dicam
peræque omnia : sed quæ patitur utriusque natura.
Verum hæc jam olim comparatione satis accurata, de-
monstravi lib. 2. *Probabilium c. 9.*

Intelligis, quid sint nuptiæ. quæris, inter quos
illæ contrahantur. Imperator *pr. Inst. h. t.* ait : *Ju-
stas nuptias inter se cives Romani contrahunt, qui se-
cundum præcepta legum coeunt.* Sic Imperator, opi-
nor, ex Vetere Jurisconsulto qui scripsit ante civita-
tem omnibus qui in orbe Romano sunt, datam Con-
stitutione Antonini Caracallæ : de qua dixi sub Ti-
tulo, *De statu hominum.* ante hanc erat quidem
cum peregrinis matrimonium jure gentium : sed

justæ nuptiæ non erant jure civili : (ut intelligitur ex Papiniano *Collat. leg. Adofaic. & Rom. tit. 4.*) præterquam si quibus nominatim concessum esset jus connubii : ut refert Ulpianus , in *Fragm. tit. 5.* & sunt exempla ab aliis prodita cum ex Livio , tum ex Inscriptionibus Veteribus. Hac ratione Seneca loco notissimo *lib. 4. De benefic. c. 17. Promisi tibi filiam in matrimonium : postea peregrinus apparuisti. non est mihi cum extraneo connubium.* Hoc ante Antonini Constitutionem. post hanc aliud observatum esse, indicat Prudentius *lib. 2. Advers. Symmachum.* Verba Prudentii.

*Distantes regione plaga , divisæque puto
Littora conveniunt nunc per vadinonia in unum
Et commune forum , nunc per commercia & artes
Ad cœtum celebrem , nunc per genialia fulcra
Externi ad jus connubii : ita sanguine misto
Texitur alternis ex gentibus una propago.*

Ita huc devenit tandem , ut (quod jam annotatum a Doctissimis Viris, Jano a Costa ad *d. pr.* & pluribus ab Ezechiele Spanhemio , *Orbe Romano, Exerc. 2. c. 22.*) inter homines liberos , sub ditione Romana constitutos, justæ contrahantur nuptiæ. at cum servis nullum esse connubium, Ulpianus refert *d. tit. 5.* & proprie Paulus *lib. 2. Sentent. tit. 19. §. 6. Inter servos*, inquit, & liberos matrimonium contrahi non potest : contubernium potest. Idemque inter servos & ancillas *l. 14. §. 3. D. h. t.* qui & inde contubernales *l. 12. §. 33. l. 20. §. 1. D. de instruct. vel instrum. leg. l. 220. §. 1. D. de verb. signif.*

Justas igitur nuptias jure civili inter se cives Romani contrahunt : modo (sic temperat Justinianus *d. pr. Inst. h. t.*) coeant secundum præcepta Legum. Illa quæ ? Sunt complura : sed licebit omnia reducere ad quatuor capita. primum definiet ætatem nuptiis convenientem. alterum postulabit consensum parentum , quorum in potestate sint nuptias contracturi. tertium spectabit ad ipsorum contrahentium consensum. quartum cavebit , ne propter cognationis affinitatisve propinquitatem , aliamve quam causam, nuptiæ impediuntur.

Prima cura erit circa ætatem nuptias contrahentium. eam Imperator *d. pr.* ait esse, si quidem masculi sint puberes, fœminæ autem viripotentes. videlicet, ut amoribus vagis & indecoris occurratur : connubio hominibus concessio eo tempore quo natura eis dat generandi & facultatem & libidinem. optime Claudianus *lib. 2. De laudibus Stilicis.*

*Ut primos in conjuge disceret ignes,
Ordinque virum non luxuriante juventa.*

Est igitur legitima ætas in proposito pubertas : eamque Veteres in fœminis quidem putarunt contingere anno duodecimo completo : sed in masculis variarunt , Proculejanis eam annis quatuordecim expletis , Cassianis ex habitu corporis , aliis quos inter Priscus, sive Javolenus, sive Neratius, ex utrisque æstimantibus : auctore Ulpiano in *Fragm. tit. xi. §. ult.* Sed Imp. Justinianus *pr. Inst. Quib. mod. tutel. fin.* se sua Constitutione jussisse ait, pubertatem in masculis statim initium accipere post annum decimum quartum completum ; & in fœminis incipere statim post annum duodecimum. quo jure id dixerit Imperator ; ipse viderit. nam dudum ante sic obtinuisse, ex Macrobio *Saturnal. lib. 7. c. 7. ac l. 5. D. & l. 4. C. Qui testam. fac. poss.* evicit pridem hoc Joannes Gotlieb Heineccius V. CL. quem, ut meretur ejus industria adjuvandæ Jurisprudentiæ, honoris causa appello , *lib. 1. Antiq. Rom. Jurisprud. illustrant. tit. 22.* Cæterum minorem annis duodecim nuptiam, Pomponius tunc legitimam uxorem fore ait , cum apud virum expleisset legitimam ætatem *l. 4. D. h. t.* In eumque modum in *l. 30. D. Quando dies legator. Labeo. Quod pupille legatum est*, quandoque nupsit : si ea minor , quam viripotens nupsit , non ante ei legatum debetur , quam viripotens esse coeperit : quia non potest videri nupta , quæ virum pati non potest. Atqui certa est juris regula , quod ab initio vitiosum

est, non posse tractu temporis convalescere *l. 29. D. de reg. jur.* Sed hunc scrupulum exemit Jacobus Gothofredus ad *d. l.*

Secundum Legum præceptum Imperator *d. pr. Inst. h. t.* esse ait , ut contracturi nuptias filiofamilia- rum , aut filiafamilia- rum, habeant consensum parentum quorum in potestate sunt. Et præfatur, quod id fieri debere , & civilis & naturalis ratio suadet. Imperator suadere dicit pro præcipere , sive imperare : ut in *l. 17. §. 1. D. h. t. l. 1. §. 6. D. Ne quid in flum. public.* & apud Apulejum *lib. 9. Metamorph.* cum alioquin suasio ab auctoritate distinguatur apud Suetonium, *Tiberio c. 27. §. 3. Procem. Inst. §. 10. Inst. de testam. ordin. l. 45. D. Ad Scit. Trebell.* Ut ut erit : quod Imperator in *d. pr.* dicit, semper procedit in filio & filiafamilias ; sed in nepote ac nepte, non æque : nam in nepote uxorem ducente , non tantum avus, sed pater quoque, consentire debet : nepte vero nubente, solius avi voluntas sufficit *l. 16. §. 1. D. h. t.* & recte : quia in priore casu poterat metui, ne ex nepote patri invito suus heres agnasceretur : at hic metus in posteriore ex nepte non erat. Plane, si nepotem ex uno filio & neptem ex altero in potestate habeam, ait Pomponius, nuptias inter eos , me solo auctore , contrahi posse *l. 3. d. t.* Et igitur filiis aut filiabus familiarum opus consensu parentum quorum in potestate sint. nec refert, qualis sit, expressus, an tacitus. Itane ? ne dubita. clare Alexander *l. 5. C. b. t.* Si , ut proponis, pater quondam mariti tui in cujus potestate fuit, cognitis nuptiis vestris non contradixit : vereri non debes, ne nepotem suum non agnoscat. Sic ille in nuptiis. Similiter in sponsalibus Paulus *l. 7. §. 1. D. de sponsalibus*, Intelligi, inquit, semper patrem filia consentire, nisi evidenter dissentiat. At enim Justinianus *d. pr. Inst. h. t.* in nuptiis filiorum familias desiderat parentem justum, & hunc eas præcedere. Novi : sed si vere dixere Alexander & Paulus , tacitum sufficere patris consensum, quid reliquum est ; nisi, ut putemus, justum a Justiniano accipi pro voluntate, seu consensu ; ut in *l. 29. §. 3. D. de inoffic. testam. & l. 2. §. 3. D. Solut. matrim.* & tantum dici, justum præcedere oportere, ut nuptiæ sint ab initio justæ : ac si ex postfacto sequatur, (quo casu ratihabitio appellatur) justæ ex eo demum habeantur tempore, ex quo patris consensus intervenierit *l. 13. §. 6. D. Ad leg. Jul. de adult.* Sic fuit ante Imp. Justinianum. verum aliter se res habuit, postquam illi *l. ult. C. Ad Senatusc. Macedon. & l. 25. C. de don. int. vir. & uxor.* placuit, ratihabitionem generaliter (id est, sine exceptione , quidquid ab aliis contra jactetur) retrahi, & confirmare ea quæ ab initio subsecuta sint ; eoque principali mandato patris aut consensui non esse ab similem.

Sic in filiofamilias , etiam in filiafamilias, non item in filio emancipato : nam is potest uxorem ducere sine patris consensu *l. 25. D. h. t.* nec interest, utrum sit major , an minor , annis viginti quinque. Simile in filia emancipata , sed majore annis viginti quinque : nam minorem non placuit, in nuptias , sive primas, sive secundas, sine patris sententia , convenire. sic in vidua primum fuit constitutum *l. 18. C. b. t.* mox etiam in virginibus adultis *l. 20. sequente.* atque ibi (quod in Scholio notant Græci) additur quasi pro explicatione *d. l. 18.* etiam ipsius puellæ quæ sui juris sit , ad sensum explorari : cum alioquin posset putari, idem in ea obtinere, quod de filia in sacris posita dicitur in *d. l. 20.* Hæc vivo patre. at eo mortuo , si cogitur de collocanda pupilla , cum erit pubes ; visum est Severo & Antonino *l. 1. C. h. t.* tutorem & matrem & propinquos de eligendo futuro marito convenire : & si dissentiant , arbitrium Præsidis provinciæ adhiberi. Hoc illi in pupilla : ejusque exemplo deinde Valentinianus , Valens & Gratianus etiam in vidua , intra quintum & vicesimum annum degente , post mortem patris , observari jusserunt *l. 18. C. d. t.* Verba legis apposui : quia non carent difficultate. Quod si in conventionis delectu mulieris

lieris voluntas patris repugnat sententia, & propinquorum: placet admodum (ut in virginum conjunctionibus sancitum est) habendo examini auctoritatem quoque iudicaria cognitionis adjungi: ut si pares sint genere & moribus, is potior existimetur, quem sibi consulens mulier approbaverit. Locus descriptus ex l. 1. Cod. Theod. h. t. cuius verba, si quis conferre velit, hæc sunt. Quod si in conditionis defectu mulieris voluntas certat sententia propinquorum, placet admodum, ut in pupillarum conjunctionibus sanctum est, habendo examini auctoritatem quoque iudicaria cognitionis adjungi, ut si pares sint: & reliqua. Quid ergo est? verus Codicis Theodosiani Interpres recte animadvertit, hoc versu tractari casum a præcedente diversum. illo dixerant Imperatores, quid vellent obtinere, si minor vidua sui juris, vivo patre, sustineat convenire in secundas nuptias. hoc dicunt, quid servari debeat, patre mortuo. Ita vero apparet, patris mentionem in d. l. 18. factam hoc in versu, esse spuriam, & sententiæ Imperatorum gravem, quid, si nec Græci lib. 28. Basilic. tit. 4. pag. 248. tom. 4. agnoscunt eam vocem; versum illum ita transferentes, Fabroto interprete: Puella minor annis viginti quinque, & sui juris constituta, iterum nuptura, ex sententia patris nubat. quod si pater decesserit, ex sententia propinquorum. Non igitur potest illo in versu tolerari vox, patris: pro eaque substituit D. Cujacius lib. 3. Observ. c. 5. sequentem, matris; postulante sensu, interim nec ista extat in d. l. 1. Cod. Theod. neque apud Veterem ejus Interpretem, neque apud Græcos. proinde quod differt, sit in medio. Illud certum, quod initio dictum, liberis in potestate existentibus necessarium esse patris consensum. Quid, si is recuset consentire? Marcianus l. 19. D. h. t. sic scribit: Capite trigesimo quinto Legis Julia, Qui liberos quos habent in potestate, injuria prohibuerint ducere uxorem vel nubere (vel qui dotem dare non volunt ex Constitutione Divorum Severi & Antonini) per Proconsules, Praefidesque provinciarum coguntur in matrimonium collocare & dotare. Prohibere autem videtur, & qui conditionem non quarit. Plana non defunt casus in quibus patris consensu liberis non est opus. tales sunt, si pater sit furiosus, vel in hostium potestate, vel ablit: de quibus in l. 9. §. 1. l. 11. D. h. t. l. 22. §. 2. D. de captiv. pr. Inst. h. t. ubi potest adiri V. CL. Janus a Costa.

Tertium Legum præceptum spectat ad ipsorum contrahentium consensum: sine dubio, quia nuptiæ sunt viri & mulieris conjunctio, ipsa sine consensu nulla: quippe, cum magis animis, quam coitu, æstimentur. Ab hac causa Paulus l. 2. h. t. Nuptiæ, inquit, consistere non possunt, nisi consentiant omnes, id est, qui coeunt, quorumque in potestate sunt. Consistit autem consensus ex duobus: nimirum ex intellectu & voluntate. illi contrarius est error, imperitiam detegens l. 15. D. de jurisdic. huic vis, etiam metus, adversatur: ut demonstratum supra sub Titulo, Quod metus causa. In errore, quo de primum agam, est adhibenda hæc distinctio: quod alius putatur cadere in substantiam matrimonii, alius in accidentia. in substantiam cadit error in corpore, nec ambigitur, quin ille consensum excludat. quod si de corpore constet, in nomine dissentiat; nihil facit error nominis l. 9. pr. & §. 1. D. de contrah. empt. l. 32. D. de verb. oblig. Præterea attingit substantiam matrimonii error; si vir aut uxor laboret vitio matrimonii finem impediante. quale vitium est; si mulier tam arcta sit, ut mulier fieri nequeat. item si vir sit castratus, aut alioquin ab initio matrimonii usque ad duos annos continuos (vel jure novissimo intra triennium) cum uxore coire, propter naturalem imbecillitatem, minime valeat. quo casu nullum haberi matrimonium, Justinianus voluit l. 10. & Authentic. Sed hodie C. de repud. Non ita est; si quis putaverit, se ducere uxorem divitem, quam reperiatur inopem. nam is error subsistit intra accidentia matrimonii; ad substantiam non penetrat: manifesto, id vel sine

Noodt Operum Tomus II.

dote esse posse l. 11. pr. & §. 1. C. d. t. igitur nec solvit matrimonium, si præsertim actum sit bona fide. nam admissio dolo, servantibus juris regulas, cur illi in nuptiis magis, quam in cæteris negotiis indulgeatur? potius dicendum, rem sanctissimam, & ad solatium humanæ vitæ comparatam, nulla esse dehonestandam nequitia: ac, si emptionem venditionem, si stipulationem, aliosque contractus, detecto dolo, aut civili aut prætorio jure infirmamus: oportere profecto nuptias fraude & dolo contractas, pro infirmis haberi? Superiori quæstioni affinis est sequens, quid juris sit, si quis pro virgine uxorem ducat mulierem ab alio imprægnatam? Sunt qui putent matrimonium valere; ideoque mulierem, ob fornicationem ante admissam, dimitti non posse. Alii distinguunt, utrum res adhuc constet intra sponsalia; an jam perfectum sit matrimonium: arbitrari, priore casu repudio locum fore, posteriore deficere causam rescindendi matrimonii. Qui sic censent, negant, ad vim matrimonii desiderari, eam in quam consentiatur, esse virginem. præterea causantur, si quis viduam ducat, quam putet numquam fuisse nuptam; virum sapientem & rerum intelligentem, sibi numquam imperaturum; ut, ob talem errorem, matrimonium dissolvatur. Quid dicimus? leviores esse has causas, quam ut sufficiant demonstrando quod conantur Docti Viri. primum cur sponsalia distinguunt a nuptiis, pari utrimque ratione? deinde ut demus, virginitatem non pertinere ad substantiam matrimonii; eoque tam mulierem, quam virginem, uxorem duci posse: non tamen fuerit hoc rationis: nisi ubi vir vitiatam (quod de Pontiano privigno suo refert Apulejus, Apologia.) sibi uxorem esse velit intellecto stupro. Nil mutat, quod dictum de vidua ducta pro muliere innupta. Nam ut taceam, hunc errorem turpitudine vacare: potest dici neganti, se de vidua cogitasse, ei licuisse inquirere, fueritne ante nupta, an non. cæterum, ntrum virgo sit, an non sit, qua arte aut industria rescire potuit? est igitur altero in casu quod ei imputetur, in altero non est. Nec resistam quidem ulterius præ se ferenti, hujusmodi errorem, quasi de substantia matrimoni sit, consensum excludere; viro gravi, & sapiente, ubi deliberat de assumenda vitæ loca, & procreandis liberis, non electuro aliam, quam castam & pudicam: cum qua se honesto amore oblectet; a qua nihil metuat se indignum; multoque minus alienum foetum pro suo expectet. Quid hæremus, re manifesta? mulier gerens se pro virgine, postquam passa est, se stuprari, non agit bona fide, ut oportuit in re sanctissima. contra dolo malo decipit virum, de ea bene sperantem. quid ni igitur, illi vel hoc argumento sit causa dissolvendi talis matrimonii, quantumvis perfecti? pari ratione qua Ulpianus l. 11. §. 5. D. de actionib. empt. Si quis, inquit, virginem se emere putasset, cum mulier venisset, & sciens errare eum venditor passus sit, redhibitionem quidem ex hac causa non esse, verum tamen ex empto competere actionem ad resolvendam emptionem, ut pretio restituto mulier reddatur. Sic lego lib. sing. De forma emendandi dolo mali c. 9. ibidemque eum locum explico.

Quemadmodum error, ita metus, matrimonio nocet: non quidem omnis, sed qui merito cadat in hominem constantem: de quo supra sub Titulo, Quod metus causa. Talem metum, ab extraneo illatum contra bonos mores, habere causam rescindendi matrimonii, nemo dubitat. idem putemus, si veniat a patre, qui filium habet in potestate: nam vel sic fieri adversus bonos mores, ideoque legibus improbari, auctorem habeo Terentium Clementem l. 21. D. h. t. verbis sequentibus: Non cogitur filius familias uxorem ducere. Paulus l. 13. D. de sponsalib. præterea sic scribit: Filio dissentiente sponsalia nomine ejus fieri non possunt. Recte: nam (ut Donatus refert ad Terentium, Andria 1. 5. agens de nuptiis filiifamilias) Nuptiarum non omnis potestas in patre est. At enim Celsus l. 22. h. t. Si patre cogente

ducit uxorem quam non duceret, si sui arbitrii foret, contraxit tamen matrimonium, quod inter invitos non contrahitur, maluisse hoc videtur. Sed videamus; ne Celsus non agat de coactione vi aut verberibus aut qua atrocitate facta, de qua præcipue disputamus: sed de coactione profecta a reverentia patris. ecce: pater jubet, filium uxorem ducere. filius motus pudore patris, ducit uxorem quam non duxisset, si sui arbitrii fuisset. an valet matrimonium? dices, inter invitos non contrahi: in proposito autem coactus est filius. at non vi aut verberibus; sed urgente pietate: quam non improbant boni mores. secundum hos igitur non noluisse, sed maluisse, dicendus est. Hoc in filiofamilias. An in filiafamilias quoque? Cave, putes. nam Veteres (quod intelligitur ex Ambrosio lib. 1. De Abraham: qui locus extat in c. Honorantur c. 23. q. 2.) credentes, non esse virginis pudoris, eligere maritum, voluerunt, nuptias filiafamilias ab unius patris voluntate pendere. Id præter Ambrosium probat quoque hoc Honorii & Theodosii l. 20. C. h. t. In conjunctione filiarum in sacris (id est, in potestate) positarum patris expectetur arbitrium.

Possit quis putare, Imperatores hic jus novum constituere. Sed perinde sunt accipiendi, ac si dicerent, Expectetur deinceps patris arbitrium ita, ut factum hæctenus. A qui Julianus l. 11. D. de sponsalibus, Sponsalia, inquit, sicut nuptiae, consensu contrahentium sunt: & ideo sicut nuptiis, ita sponsalibus, filiamfamilias consentire oportet. Verum in promptu est responsio ex Ulpiano in l. 12. mox sequente: Sed quæ patris voluntati non repugnat, consentire intelligitur. Plus addit Ulpianus §. 1. Tunc autem solum dissentienti a patre licentia filia conceditur, si indignum moribus aut turpem sponsum ei pater eligat. Differt igitur filiusfamilias a filiafamilias. illi licet a patre dissentire: huic non licet. hæc potest cogi, nubere: ille non potest cogi, uxorem ducere. Egrege Quintilianus Declam. 376. Uxorem, inquit, non ducis quam volo. Quid tum? nescis nostri arbitrii esse matrimonia? affectus nostri vobis non serviunt. non potes efficere imperio, ut vel amem quam velis, vel oderim. matrimonium vero tum perpetuum est, si mutua voluntate jungitur. cum ergo queratur mihi uxor, socia tibi, vita consors, in omne seculum mihi eligenda est.

Ex quatuor Legum præceptis quæ attigi supra, ultimum est, ne propter cognationem aut affinitatem, aliamve causam, nuptiæ prohibeantur. Incipiam a cognatione. Cognati (in l. 4. §. 1. D. de gradibus) ab eo dici putantur, quod quasi una communiterve nati vel ab eodem orti progenitivi sunt. ita cognatio est vinculum descendendum ex eadem stirpe. Intelligitur autem in §. 2. d. l. cognationis substantia bifariam: nam quædam cognationes jure civili, quædam naturali connectuntur: nonnumquam utroque jure concurrente, & naturali & civili. naturalis cognatio per se sine civili jure per fœminam descendit quæ vulgo liberos peperit. civilis per se, quæ etiam legitima dicitur, sine jure naturali consistit per adoptionem. utroque jure consistit, cum justis nuptiis contractis copulatur. cognatio, quam descripsi, vulgo dicitur secularis. est vero præter hanc etiam quæ spiritalis appellatur: ea nascitur inter susceptorem & susceptam, itemque inter susceptricem & susceptum, ex sacro baptismo. prohibet autem hæc, nuptias inter illas personas contrahi l. 26. C. h. t. cognationis secularis (spiritualem enim omitto) Paulo l. 9. D. de gradibus duæ sunt lineæ: recta & transversa. recta alia est superior adscendentium, alia inferior descendendum. ex adscendentibus nos sumus nati: descendentes ex nobis. præter has lineas Paulo est & tertia, transversa: in qua sunt collaterales, una nobiscum nati ex adscendentibus. Unaquæque porro linea suis dividitur gradibus. hi dicti ad similitudinem scalarum, fere generationibus intelliguntur l. 10. §. 10. D. d. t. Adeo quoties generatur persona fit

novus gradus: vereque dicimus, tot esse cognationis gradibus, quot in ea sunt generationes, vel (quod eodem redit) quot sunt personæ, una dempta, tot esse gradus. hac ratione facilis est in linea recta graduum numeratio. sic, verbi gratia, pater a filio distat gradu uno; avus a nepote secundo: quia inter patrem & filium est una generatio; inter avum & nepotem sunt duæ. Simile quid est in transversa linea, modo in hac, quærentibus duorum propinquitatem, ab uno primum adscendamus ad communem utriusque stipitem; ab eoque rursus descendamus ad alterum; & quot adscendendo & descendendo reperimus generationes, tot esse putemus gradus. sic si queratur, quoto gradu a me distet frater meus: primum a me adscendendum ad communem stipitem qui est utriusque pater; ab eoque deinde descendendum ad fratrem. quo facto, apparebit, fratrem a me distare duobus gradibus, quia inter nos intercedunt duæ generationes: ubi pater primum me, deinde fratrem, generavit. Sic Paulus l. 10. §. 9. D. de gradib.

Intellecta ratione cognationis; videamus, quemadmodum illa impediatur nuptiæ. Igitur non omnes nobis uxores ducere licere, sed a quatumdam nuptiis abstinendum esse, ac, si fiant, incestas appellari, Imperator ait §. 1. Inst. h. t. Recte: est enim incestus, maris ac fœminæ conjunctio, facta adversus reverentiam sanguini debitam. Is vero incestus ex sententia Veterum Jurisconsultorum (nam de ea sola erit nostra disputatio) est duplex: alius juris gentium, alius juris civilis. alter constat utriusque juris prohibitione: alter sola prohibitione juris civilis. Incestum juris gentium Paulus l. ult. D. h. t. ait admitti ab eo qui ex gradu adscendentium vel descendendum uxorem ducit. Pomponius l. 8. d. t. Hoc jus, inquit, moribus, non legibus, introductum esse. Cum autem mores opponit legibus; procul dubio mores vocat, fas & jus naturæ: ut in illo Ovidii lib. 10. Metamorph.

Velle puta. res ipsa vetat. pius ille memorque Moris. — — —

Sic sentio: eaque ratione in d. l. 8. porro subijci, nec libertinum posse libertinam matrem uxorem ducere. Paulus l. 14. §. 2. d. t. aliquanto plenius, serviles quoque cognationes, inquit, in hoc jure observandas esse: igitur manumissum non ducturum suam matrem: itemque e contrario patrem non posse filiam ducere, si ex servitute manumissi sint: etsi dubiteretur, patrem eum esse: sed nec vulgo quæsitam filiam naturalem posse uxorem ducere. & hanc apponit causam: quoniam in contrahendis matrimoniis naturale jus & pudor inspiciendus est: contra pudorem est autem, filiam uxorem suam ducere. Ab hoc principio porro infert Justinianus d. §. 1. Inst. h. t. hujusmodi nuptias esse nefarias, id est, impias; eoque in infinitum prohiberi. quod & Gajus confirmat l. 53. & Scævola l. 54. h. t. præterea addit Imperator d. §. 1. hæc esse adeo vera; ut, quamvis per adoptionem parentum liberorumque loco sibi esse cœperint, non possint inter se matrimonio jungi: in tantum, ut etiam dissoluta adoptione idem juris maneat. Sed apparet, Jurisconsultos Veteres consensu existimasse, parentum ac liberorum nuptias fieri adversus pudorem naturalem; ideoque his incestum jure gentium admitti. Causa autem, cur huc decurrerint, nulla adfertur; nec, si sinceri erimus iudices, tam facilis est demonstratu, quam passim creditur. Quamquam me non præterit, ex Ovidii lib. 10. Metamorph. allegari confusionem nominum & jurium cognationis: qua idem qui est pater, fit filia suæ maritus, & liberorum suorum non modo pater, sed etiam frater & avus: similiter quæ est filia, fit uxor patris, & liberorum suorum mater, soror quoque & avia. eamque rem ab Oedipo (apud Senecam Thebaid. vers. 136.) monstrosam atque inexplicabilem appellari, non minus scio. ne inficior quidem, illam causam improbandæ hujusmodi conjunctionis commendari utilitate

tate tuendæ in familia reverentiæ, ideoque aptam videri ferendæ in republica legi civili: sed ad probandam juris naturalis providentiam quam quærimus, sine præjudicio nihil efficit. Nisi quis possit sibi persuadere, illa nominum & jurium confusione, in quam sponte consentiant parentes & liberi, tolli societatem humanæ conjunctionis: ad quam (ut demonstravi supra sub Titulo, *De justitia & jure*) unice respicit jus naturæ & gentium. Sed ei qui sic censeat, res reclamant manifeste. tum exemplum Persarum; id est, gentis, si quæ alia, egregie cultæ & moratæ: in qua usitatas hujusmodi nuptias fuisse, inter alios memorat Minucius Felix, *Octavio pag. 35.* & Servius ad Virgilium, *lib. 6. Æneid. vers. 623.* Addamne Hieronymum? addam. is *lib. 2. Advers. Jovinian.* sic scribit: *Persæ, Medi, Indi, & Æthiopes, regna non modica, & Romano regno paria, cum matribus & aviis, cum filiabus & neptibus copulantur.* Et Paulo post: *Pervides igitur, quod non solum in esu, sed & in sepulturis, & in connubiis, & in omni conversatione unaquæque gens suo ritu & proprietatibus victitet, & hoc eam natura legem putare quod didicit.* Præter hæc observandum, quod vel Plato illas nuptias optime quidem, sed non alio, quam civitatis instituto improbari, arbitratur *lib. 8. De legibus pag. mibi 911.* eo nomine reprehensus ab Aristotele *lib. 2. De republica c. 4.* Idem de Chrysippo ex secta Stoicorum tradit Plutarchus *lib. De Stoicor. repugnant. edit. Paris. pag. 1044.* addens, illum argumentum sumpsisse a cæteris animalibus, ab illa conjunctione non abstinere: sic vero testimonium repugnantis naturæ accipi non improbabiler. Finiam hunc articulum, si subjecero; quod omnia in utramque partem disputata a Philosophis quos consuluisse possunt Veteres Jurisconsulti videri, conjunxit ac repræsentavit Ovidius *lib. 10. Metamorph.* in causa Mirrhæ. ipsum adducerem locum; nisi prolixior esset, & omnium manibus tereretur eruditissimus Poëta.

Tantum de cognationis linea recta. succedit transversa: in qua similem, sed non tantam, esse observationem, ait Justinianus §. 2. *Inst. h. t.* & ut videtur, duplici ratione. una est, ut amicitia illa providentia inter homines latius diffundatur: quod in republica fieri, interest civilis societatis. altera ratio est: quod inter propinquos more Romano erat jus osculi. meminit Suetonius, *Claudio. c. 26.* & Propertius *lib. 2. Eleg. 5.* Id vero jus quid notat; nisi quod libera atque inobservata inter eos erat conversatio, ejusmodi illecebris facile stupris & adulteriis, ne quid gravius dicam, datura occasionem; si possent inter eas sperari nuptiæ. priorem attingit Plutarchus, *Question. Roman.* posterioris documentum in hoc Bibliidis apud Ovidium *lib. 9. Metamorph.*

Dulcia fraterno sub nomine furta tegemus.

Est mihi libertas tecum secreta loquendi,

Et damus amplexus, & jungimus oscula coram.

Quantum est quod desit? -- -- --

Est igitur (ut in *d. §. 2.* ait Imperator) inter eas personas quæ ex transversa linea junguntur, observatio similis ei quæ est in recta: non tamen tanta. nimirum, quia nuptiæ in linea recta ex sententia Jurisconsultorum Veterum (de qua sola deliberamus) tam gentium, quam civili jure improbantur: in transversa vero linea saltem civili, non etiam gentium, jure. Fuerit argumentum: quod in linea recta prohibentur nuptiæ inter patrem & filiam, sine distinctione, utrum sit adoptiva, an naturalis: nec minus sublata, quam constante, adoptione §. 1. *Inst. h. t.* sed in transversa non ita est inter fratrem & sororem. nam ut inter eos vetentur nuptiæ, durante adoptione: ea finita, sunt permixtæ §. 2. *d. t.* non aliam ob causam, quam quod in linea recta jure gentium damnantur ob impietatem: in transversa jure civili, solo legum arbitrio, ob causam civilem, non utique impiam. Forte ab eadem causa prohibentur nuptiæ in linea recta in infinitum *d. §. 1.* cum in linea transversa saltem prohibeantur usque ad quartum gradum inter eos qui pa-

rentum & liberorum locum inter se non obtinent. Missa hæc facio. quod intendo, fortius probaturus auctoritate Pauli *l. ult. D. h. t.* cujus in omnibus editionibus talia extant verba: *Jure gentium incestum committit, qui ex gradu adscendentium vel descendendum uxorem duxerit. Qui vero ex latere eam duxerit quam vetatur vel adfinem quam impeditur: si quidem palam fecerit, levius; si vero clam hoc commiserit, gravius punitur. cujus diversitatis illa ratio est circa matrimonium, quod ex latere non bene contrahitur: palam delinquentes, ut errantes, majore pœna excusantur: clam committentes, ut contumaces puniuntur.* Ut lucem faciam loco obscuro, atque, ut mihi videtur, etiam affecto, duo præmunienda sunt. primum est; quod instituta a Paulo est disputatio de incestu in cognationis linea recta & transversa: non de incestu in hac aut illa adfinitatis linea. supputemus summam loci: exit tantum ad cognationis, non etiam ad adfinitatis, lineam rectam aut transversam. sic vero puto, hæc verba, *vel adfinem quam impeditur*, esse plane aliena a ratione Pauli; eisque ejectis, scribi oportere, *Qui vero ex latere eam duxerit quam vetatur: si quidem:* & reliqua. quod miror, fugisse hactenus Viros Doctos: præsertim cogitantes, nuptias in transversa affinitatis linea, florente Paulo, adhuc nullas fuisse prohibitas: ac de mutatione ea post insecta Constitutionibus posteriorum Imperatorum, qua de in loco dicitur, somniare non potuisse eum cui numquam fuerat cognita. Alterum quod præmuniendum existimavi, est quod hic versus, *Jure gentium incestum committit, qui ex gradu adscendentium vel descendendum uxorem duxerit*, videtur otiosus: cum non appareat ejus scopus aut finis ullus: non sequente deinde, ad quod ea spectet præparatio. nam quod mox subjicitur, indicat quidem, quo pacto uxore ducta ex latere, quæ vetatur duci, temperanda sit pœna incestus ex latere admissi: at de pœna incestus adversus jus gentium commissi, uxore ex gradu adscendentium vel descendendum ducta de qua expectatur tractatus, altum est silentium. Dicatur igitur ille versus cujus nulla utilitas, nulla ratio, a Paulo inconsiderate positus in initio *d. l.* Ostendi nubem Pauli consilium abscondentem. Eam ut discutiam; puta, deficere illo in versu membrum ad complementum sermonis necessarium. genus tale loquendi Anantapodorum appellatur; si rem dicam, est vitiosum, & a Quintiliano merito improbatum *lib. 8. Instit. orat. c. 2. ad fin.* a Veteribus tamen Auctoribus non usque quaque evitatum. Exempla dedi *lib. sing. Ad Edict. de pact. & transact. c. 22.* & supra sub Titulo *De minoribus.* infra quoque sub Titulo, *De donat. int. vir. & uxor.* Nunc in præsentia sic puta. Paulus incestum facit duplicem: unum esse dicit juris gentium; eumque committi: si quis uxorem duxerit ex gradu adscendentium vel descendendum. alterum ait admitti ab eo qui ex latere duxerit uxorem quam vetatur. quo autem jure is censeatur, non exprimit. esse tamen incestum dubitari nequit *l. 39. §. 1. D. h. t.* cæterum Paulus, cum eum distinguit a prore quem vult admitti jure gentium, sequentem juris civilis esse, existimasse credendus est. Sit hæc prima ad dictum versum observatio. Quæ altera? quod uxore ducta ex gradu adscendentium vel descendendum, pœna hujus incestus, quamvis palam admissi contracto matrimonio, nec mari, nec fœminæ indulgetur. nec ad rem pertinet, quod is incestus dicatur per errorem, non dolo malo admissus: quia putatur esse juris gentium; quod omnibus hominibus a natura traditum tam fœminis, quam maribus, a nullo ignorari fas est *l. 2. C. de in jus vocando.* Hoc in oculis habuit Paulus in primo legis versu, hic ejus scopus, hic finis. At non est verbis expressus. Esto: sed, ut fit in hujusmodi loquendi genere, ex sequentibus colligendus. Age igitur vel hæc considere-mus. Paulus disputans deinceps de incestu qui ex latere fiat, id est, ut dixi, jure civili, non peræque idem censet. contra hic distinguit; utrum incestus palam

lam sit admissus contracto matrimonio; an clanculum. priore casu cum levius puniri suadet: posteriore gravius. qua ratione? ait, palam delinquentes videri juris ignorantia lapsos: clam committentes peccasse scienter dolo malo, atque in contumeliam sanguinis. æquitatis igitur esse, hos puniri ut contumaces: illis ignosci errorem qui sit juris civilis, in fœminis plerumque probabilis; in maribus aliquando, præsertim minoribus. Sic feci, ut Paulo constet ratio quam infuscavit Anantapodotum. Est vero hæc mea sententia eo verosimilior: quod etiam Pauli præceptor Papinianus *l. 38. pr. §. 1. 2. 3. D. Ad leg. Jul. de adult.* idem tenuit iter in utraque cognationis linea, & recta & transversa: ejusque auctoritatem hic secutus videri potest Paulus: monstrante utriusque ratiocinatione. Sed redeo ad Paulum. eum non timuisse, incestum qui ex latere sit, legibus, id est, juri civili, adscribere, manifestum prorsus est ex *l. 35. §. 1. D. de verb. oblig.* ubi de nuptiis fratris & sororis ita scribit: *Item quod leges fieri prohibent, si perpetuam causam servaturum est, cessat obligatio: veluti si sororem (suam) nupturam aliquis stipuletur. quamquam etiam si non sit perpetua causa, ut recidit in sorore adoptiva, idem dicendum sit: quia statim contra mores sit.* Paulus in principio hujus legis dixerat, Si stipulor, ut id fiat, quod natura fieri non concedit, non magis obligationem consistere, quam cum stipulor, ut detur, quod dari non potest. nunc in §. 1. subjicit, idem esse in eo quod leges fieri prohibent, etsi natura permittatur: quia vel hoc pro impossibili habetur *l. 15. D. de condit. instit.* maxime autem huc it Paulus, si perpetua sit causa prohibitionis, quamvis legibus facta. ac, ne deesset exemplum, ponit tale: si sororem suam naturalem nupturam sibi aliquis stipuletur. putat igitur Paulus, nuptias fratris & sororis posse fieri permittente natura: sed legibus vetari, atque in perpetuum, sive in patris postestate soror sit, sive sit emancipata. Hoc in naturali. Sed fac: aliquis stipulatus est, sibi nupturam sororem adoptivam. hanc, constante adoptione, ducere non potest: finita potest. est igitur causa hujus prohibitionis non perpetua, sed temporalis. quid dicimus? stipulationem valere hac in specie? Aliquis dicat, quod Præses provinciæ prohibetur, mulierem provincialem, durante administratione, uxorem ducere: finita, non prohibetur; & interim potest eam desponsare *l. 38. D. h. t.* quid ni idem vel simile sit in sorore adoptiva? Sed aliter sedet Paulo. quæso, qua causa? quia, inquit, statim contra mores sit: apparet, Paulum, mores legibus terminantem, designare mores civitatis, non communes naturæ mores; exemplo Cornelii Nepotis, *Præfatione*, de fratris & sororis matrimonio ita loquentis: *Id nostris moribus nefas habetur.* Sensus igitur Pauli est, quod stipulatio de ducenda sorore adoptiva statim est turpis moribus, sive legibus, civitatis. ex præsentia autem æstimatur stipulatio, non ex futuro *l. 137. §. 6. D. de verb. oblig.* contra est in nuptiis Præsidis cum muliere provinciali: quæ etsi Mandatis Principis sint illicitæ; non idcirco turpes habentur; quin deposito officio fiunt justæ, si in eadem voluntate perseveretur *l. 65. §. 1. D. h. t.* Restat igitur, nuptias in transversa linea a Jurisconsultis tantum civili, non etiam gentium, jure incestas videri. At enim Pomponius *l. 8. D. h. t. Libertinus*, inquit, *libertinam matrem aut sororem uxorem ducere non potest: quia hoc jus moribus, non legibus, introductum est.* Quid, si præstet, poni: *Libertinus libertinam matrem uxorem ducere non potest?* sic scripsit Pomponius. quo auctore? Pomponio: nec desideres magis idoneum. is fane causatur: *quia hoc jus moribus, non legibus, introductum est.* Convenienter his quæ de nuptiis adscendentium & descendendum dixerunt Veteres Jurisconsulti. sed hi idem non dixerunt in nuptiis sororis. contra existimarunt, has esse legibus vetitas, non moribus. Audeamus igitur apud Pomponium delere verba, *aut sororis*, ei nullo jure obtrusa; sed id vi-

dit etiam Dominus Cujacius V. CL. *lib. 16. Observ. c. 37.* Illa levis, frequens tamen & vetus jactatio, experientia magistra disci, fratres & sorores adversus amores illicitos habere aversionem, quasi absterrente vi humanæ naturæ. Meo enim judicio, verius est, hujusmodi aversionem, si quæ sit aliquibus, non venire a natura, sed ab educatione & disciplina locorum in quibus amores illi sint vetiti. Ain' tu? nisi quis ausit negare, Athenienses, Lacedæmonios, Ægyptios, aliosque populos politos, nobiles, magnificos, apud quos fratrum aut sororum nuptiæ, vel omnino vel ex parte, fuerint licitæ, fuisse homines, humanæ naturæ æque participes, ac Romanos & alios apud quos erant vetitæ: illos tamen eam aversionem ab hujusmodi nuptiis non habuisse, unde manifestius est, quam quod eas quotidie contraherent? Commode Cornelius Nepos in *Præfatione.* *Hi erunt fere qui ea partes Græcarum literarum, nihil rectum nisi quod ipsorum moribus conveniat, putabunt. hi si didicerint, non eadem omnibus esse honesta, atque turpia, sed omnia majorum institutis judicari, non admirabuntur, nos in Græcorum virtutibus exponendis mores eorum sequutos. Neque enim Cimoni fuit turpe Atheniensium summo viro sororem germanam habere in matrimonio, quippe cum cives ejus eodem uterentur instituto. at id quidem nostris moribus nefas habetur.* Nepoti jungamus Platonem *lib. 8. De legibus.*

A secundo gradu lineæ transversæ moveamus pedem ad tertium. De quo ita Justinianus *§. 3. Inst. h. t.* *Fratri vero vel sororis filiam uxorem ducere non licet: sed nec neptem fratris vel sororis quis ducere potest, quamvis quarto gradu sint. cujus enim filiam uxorem ducere non licet, neque ejus neptem permittitur.* Et mox addit *§. 5. Item amitam, licet adoptivam, ducere uxorem non licet, item nec materteram: quia parentum loco habentur. qua ratione verum est, magnam quoque amitam & materteram magnam prohiberi uxorem ducere.* Sic Imperator. qua ratione? eadem, opinor, quæ allata est in gradu secundo. Veritæ igitur fuerunt nuptiæ etiam in tertio gradu transversæ lineæ, & civili, non naturali, jure: ut est paulo ante monstratum ex Paulo *l. ult. D. h. t.* Nec jam male Papinianus *l. 38. §. 1. 2. 3. D. Ad leg. Jul. de adult.* incestum hoc in gradu admissum per errorem excusat quasi sit juris civilis: non excusaturus, si esset juris gentium. Accedit, quod Senatusconsulto Claudiano (de quo Suetonius, *Claudio c. 26.*) nuptiæ inter patruum & fratris filiam palam fuere permittæ: judicante Senatu ex sententia Vitellii, illas natura non prohiberi: auctore Tacito *lib. 12. Annal. c. 6.* Obtinuit tamen id Senatusconsultum (ut arbitraria sunt a legibus profecta omnia) intra Urbem tantum; non etiam in provinciis: nec porrectum ad sororis filiam. servatum interim in fratris filia fuit jure Pandectarum, sed deinde mutatum. id diligenter docui *lib. 2. Observ. c. 5.* Liceret mihi hinc nunc recedere: nisi metuerem; ne cui absurdum videretur, quod in *d. §. 3. & §. 5. Inst. h. t.* patruus, avunculus, amita, matertera, perhibentur fratrum & sororum liberis esse parentum loco: quod & fit in *l. 39. pr. D. h. t.* & tamen dixi, cum his incestum tantum admitti jure civili: quamvis alioquin inter consimiles personas, quales vitricus, noverca, privignus, privigna, socer, socrus, gener, nurus, incestus credatur fieri jure gentium. Ut igitur vel hic eximatur scrupulus, deliberent eruditiores; an ea comparatio, quæ me urit, suos habeat gradus: possitque sine absurditate dici, ex omnibus illis personis alias verius & quodammodo arctius reputari parentum & liberorum loco; alias remotius & laxius. sane vitricus, ut est maritus matris, per eam habet imaginem veri patris, eoque nomine honestius censetur: noverca quoque, cum sit uxor patris, matrem re & nomine imitatur: cum patruus, avunculus, amita, matertera, patris aut matris tantum sint fratres & sorores: licet aliquo respectu accedant ad vicem parentum. Ita apparet discrimen: simul, cur placuerit Veteribus, cum aliquibus incestum jure

jure gentium committi; cum aliquibus jure civili.

Superiori observationi proxima est sequens hæc Theophili; quod Imp. Justinianus in *d. §. 5. Inst. h. t.* postquam dixit, *Item amitam, licet adoptivam, ducere uxorem non licet*: deinde verbis hisce, *Item nec materteram*, non apposuit illa, *Licet adoptivam*: & præfatur Theophilus; quod matertera non fit per adoptionem, sicut nec avunculus: videlicet, quod per adoptionem non acquiritur naturalis cognatio, sed dumtaxat agnatio quæ est legitima & civilis. proinde non habetur matris loco soror uterina aut soror uxoris adoptivi patris; nec ejus matertera; nec magis adoptiva matris soror *l. 12. §. ult. D. h. t. l. 23. D. de adopt.* consequenter possunt omnes uxores duci. Theophilo tamen de veritate litem movet Gajus *l. 55. §. 1. D. h. t.* verum ad hanc vide sis D. Cujacium *lib. 23. Observ. c. 36.* adderem Contium *lib. 1. Subsecr. lect. c. 9.* Hotmanum *De ritu nupt. c. 4.* Bachovium *ad Treutl. pr. 2. Disp. 6. thes. 2. lit. C.* alios: nisi omnibus præstaret Cujacius.

Superest transversæ lineæ gradus quartus: de quo ita Justinianus *§. 4. Inst. h. t. Duorum autem fratrum vel sororum liberi, vel fratris & sororis conjungi possunt.* Theophilus vertit, *conjungi non possunt.* puto, non ex sententia Justiniani: nam is in gradu quarto lineæ transversæ, nuptias permittit *§. 3. præcedente*: utique inter eos qui non sint parentum & liberorum loco. tales autem sunt fratrum & sororum liberi. possunt igitur conjungi ex sententia Justiniani. Eodem pertendit Paulus, ut est a Triboniano positus *l. 3. D. h. t.* Si, inquit, *nepotem ex filio & neptem ex altero filio in potestate habeam, nuptias inter eos me solo auctore contrahi posse, Pomponius scribit, & verum est.* Quid, si insuper Arcadius & Honorius *l. 19. C. h. t.* indulgent licentiam celebrandis inter consobrinos nuptiis? Res certa: etsi sinceritatem ejus Constitutionis sollicitat Antonius Conrius *lib. 1. Subsecr. lect. c. 9.* Sed illi respondit Jacobus Gothofredus ad *l. 3. Cod. Theod. De incest. nupt.* Variatum aliquoties fuisse hac in parte non ignoro: potestque id videri apud Brissonium *De jur. connub. p. 219. & seqq.* Hotmanum *De ritu nupt. c. 5. p. 424.* Albericum Gentilem *lib. 5. De nup. c. xi.*

Proximum est, ut de affinitate disputemus. nam vel hanc nuptiis impedimento esse, supra monui. Sunt autem affines (auctore Modestino *l. 4. §. 1. D. de gradib.*) viri & uxoris cognati: dicti ab eo quod duæ cognationes quæ diversæ inter se sunt, per nuptias copulantur, & altera ad alterius cognationis finem accedit. Sensus Modestini, cognationem unius conjugis per nuptias accedere ad finem cognationis alterius: eaque copulatione fieri affinitatem. Modestino utriusque cognationis finis est maritus & uxor. Ita vult, mariti cognatos fieri affines uxori, & uxoris cognatos fieri affines marito, utriusque vero cognatos inter se non fieri affines. Quod & Donato visum ad Terentium *Adelp. 5. 8.* ubi, *Uxoris, inquit, cognati marito affines sunt.* Adeo affinitas est, necessitudo inter unum conjugem & alterius conjugis cognatos: licetque demonstrandæ rei causa, ejus duas facere lineas: rectam & transversam: exemplo cognationis cujus simulachrum est. Affinium tamen gradus nullos esse, Modestinus scribit: magis nomina dici *d. l. 4. §. 4.* convenitque Titulus, etiam Inscriptio *l. 10. d. t. De gradibus & adfinibus & nominibus eorum.* Paulus contra *d. l. 10. jurisconsultus*, inquit, *cognatorum gradus & adfinium nosse debet.* Nisi quis malit: *Jurisconsultus cognatorum gradus & adfinium nomina nosse debet.* Hoc si minus placet: putemus, non esse affinium gradus proprios; sed esse improprios & quasi gradus; quomodo apud Donatum ad Terentium *d. loc.* *Multi gradus & veluti rami sunt propinquitatis in affinitate & cognatione dispositi.* Ita prorsus quo gradu quis est marito cognatus, eo gradu uxori est affinis: & vice versa, quo gradu quis uxori est cognatus, eo gradu marito est affinis.

Nunc age affinium nuptias consideremus. Sunt hæc in linea recta prohibitæ, verbi gratia, inter vitricum & privignam, novercam & privignum, focerum & nurum, focerum & generum: ut invicem sunt parentum & liberorum loco *l. 4. §. 7. D. de gradibus §. 6. & 7. Inst. h. t.* prohibitæ vero eadem ratione qua impediuntur in linea recta cognationis: id est, in infinitum *l. 40. D. h. t.* & tam naturæ, quam civili, jure. In hac sententia fuisse Papinianum, mihi persuadet *l. ult. §. 1. D. de condit. sin. caus.* modo recte intelligatur. Casus talis: Noverca privigno, aut nurus focero, pecuniam dedit dotis nomine. non nupsit, quaeritur, an pecunia repeti possit, quasi data sine causa? dubitatio vertitur, quod hujusmodi matrimonii jure gentium sit incestus: ideoque turpis est datio acceptioque: porro in pari causa melior est conditio possessoris, quam ejus qui non possidet: hic præsertim, ubi jus gentium, omnibus innatum hominibus, ne mulieres quidem ignorare oportet. ita prima facie videri Papinianus fatetur: ipse tamen aliud respondet: non quod neget, matrimonia inter novercam & privignum, vel nurum & focerum, simileque personas, jure gentium haberi incesta. minime: (nam contrarium docet *l. 38. D. Ad leg. Jul. de adult.*) sed quod putat, pecuniam in proposito non esse datam ob causam turpem. & vere: non est enim data ob stuprum: sed ob nuptias. hæc autem non sunt secutæ; ac ne sequi quidem possunt. optime igitur repetitur hic pecunia conductione, quasi data sine causa.

Hoc in affinitatis linea recta. quid in transversa? in ea nullæ fuere nuptiæ aut jure gentium, aut jure civili, prohibitæ: Veteribus memoriam affinitatis quæ fuerit stante matrimonio, eo soluto negligentibus, præterquam inter eos qui eo durante fuerint parentum & liberorum loco *d. §. 6. & 7. Inst. h. t.* Rem dico: satis noto matrimonio M. Crassi cum uxore defuncti fratris, & (testimonio Plutarchi in *ejus vita c. 1.*) sine reprehensione. Præterea refert Apulejus, *Apolog.* tamquam rem licitam & utilitatem, Æmiliam Pudentillam ejus uxorem, post mortem Sicinii Amici, cui ante nupta fuerat, tabulas nuptiales jussu foceri fecisse cum altero ejus filio Sicinio Claro prioris mariti fratre. Apulejus *ibidem* deinde exemplum etiam aliud ex eadem prodit familia hisce verbis: *Mulierem aliquam multo natu majorem, nuperrime uxorem fratris misero puero objicit & obsteruit.* Mitto exempla: quando jure civili ante licitas olim fuisse nuptias fratris cum defuncti fratris vidua, palam testatur Imp. Constantinus, vel, si mavis, Constantius, ipse eas prohibens *l. 2. C. Theod. de incest. nupt.* verbis sequentibus: *Etsi licitum Veteres crediderunt, nuptus fratris solutis, ducere fratrem uxorem: licitum etiam post mortem mulieris aut divortium, contrahere cum ejusdem sorore conjugium: abstineant hujusmodi nuptus universi: nec æstiment, posse legitimos liberos ex hoc consortio procreari: nam spurios esse convenit qui nascuntur.* Atque hoc placuit etiam *l. 5. & 8. C. eod. tit.*

Reliquum est ex quarto Legum præcepto; ut investigemus personas cæteras quas Imp. Justinianus *§. 11. Inst. h. t.* dicit, propter diversas rationes, prohiberi nuptias contrahere, & in libris Digestorum seu Pandectarum ex vetere jure collectarum enumerari. Est vero talis Senator, item filius, nepos, pronepote, ex filio. nam hi Lege Julia & Papia libertinam, aut quæ ipsa, cujusve pater, materve, artem ludicram fecerit, uxorem ducere prohibentur. videlicet, ne Senatoria dignitas conjunctione talium personarum evilescat. Eadem ratione noluit ea Lex, hujusmodi personis nubere Senatoris filiam, neptem, aut proneptem ex filio. Verbis Legis quæ extant *l. 44. D. h. t.* diligentiam interpretando accommodavit V. Cl. Barnabas Brissonius, *De jure connubiorum pag. 190. & seqq.* nec curatiorem quis desideret. Eadem Lege Julia proposita fuit etiam alia causa impediendi matrimonii, ætas maris sexagenarii, & fœminæ quin-

quagenariae : praesumendo Lege , post hanc aetatem in utroque sexu deficere matrimonii finem, jure civili creditum ad unam respicere liberorum procreationem. Meminit hujus capitis Legis Juliae Lactantius *lib. 1. Divin. instit. c. 16.* & Ulpianus , *Fragm. tit. 16.* etiam Senatusconsulti, post eam facti temporibus Tiberii, & a Claudio rursus abrogari, Suetonius , *vita Claudii c. 23.* sed quomodo ; disputant in Notis Casaubonus & Torrentius : tum Jacobus Gothofredus, *ad Leg. Jul. & Pap. c. 2. pag. 316.* & seq. item Jacobus Perizonius *Dissert. ad Leg. Voconiam pag. 154.* & seqq. sed conjecturis agunt omnes , & parum extricant. ipse quoque quod pro certo edam , non habeo : & huic instituto sufficit , Legem Juliam & Papiam Justiniani Constitutione in totum esse sublatam *l. 27. C. h. t. §. 1. 12. C. de legitim. heredib.* Superioribus personis addendus tutor & curator, eorumque filius : quibus prohibita sunt nuptiae cum pupilla vel adulta, cujus tutelam vel curam gesserint. Quo jure ? Oratione Divi Marci & Commodi. hi nominantur in Inscriptione *l. 60. D. h. t.* quamvis a Tryphonino *l. 67. §. 3.* solus indicetur D. Marcus pari forma, qua Papinianus *l. 23. D. de donat. int. vir. & uxor.* vocat Orationem D. Severi quae est Severi & Antonini : ut sub illo Titulo ostendam. Sed nunc de praesente agam : quam (hoc quasi in transitu monebo) a Senatu approbatam etiam Senatusconsultum appellari constat *l. 59. l. 64. §. 1. d. t.* Ideo autem dicitur Oratione hujusmodi nuptias vetuisse , quia erat metus ; ne pupillae fraude , vi , aut reverentia viri aut soceri in re familiari circumscriberentur ab his qui rationes eis gestae tutelae reddere compelluntur *l. 64. §. 1. D. d. t.* atque hanc causam ipsa contineri Oratione, ex Tryphonino intelligitur *l. 67. §. 3. & 4. h. t.* Locuta igitur fuit Oratione de prohibendis nuptiis tutoris vel curatoris cum pupilla vel adulta. sed de prohibendis nuptiis matris locuta non fuit *l. 2. C. de interdict. int. pup. & tutor.* Pupillam etiam cum nominat, de ejus statu aut conditione nihil addit. quare assentior Papiniano *l. 62. §. ult. D. h. t.* existimanti, nihil referre, qualis sit ; utrum adhuc virgo sit , an jam mater ex alio matrimonio facta. Non magis sollicitus est Papinianus, quando pupilla ducatur uxor, quamdiu non est a tutore reddita tutelae ratio. imo ne curat quidem ; an sit reddita : utique ante constitutum tempus aetatis ejus. sic loquitur *d. §. ult.* sine dubio interpolatus ex *l. ult. C. de tempor. in integr. restit.* ubi minoribus, post annum vigesimum quintum , desiderantibus in integrum restitui , constitutum a Justiniano est quadriennium continuum : cum ante a Praetore indulgeretur annus utilis. Paulus *l. 66. D. h. t.* cum annum sic exprimit : *Non est matrimonium , si tutor vel curator pupillam suam intra vicesimum & sextum annum ducat uxorem.* Quam Paulus vocat annum vicesimum & sextum , est annus utilis : intra quem , eo florente, poterat pupilla a tutore laesa, post annum quintum & vicesimum adhuc petere in integrum restitutionem. Ita clare Imperatores *l. 6. C. de interdict. matrim. int. pupil. & tut.* & Tryphoninus *l. 28. §. 3. D. de lib. & posth.* Vetat igitur Oratione , tutorem jungi matrimonio pupillae , quamdiu est obnoxius rationibus tutelae. Hoc plus putat Callistratus *l. 64. §. D. h. t.* sententia Senatusconsulti apprehendi quoque heredem tutoris non dicam suum , sed etiam extraneum. quam ob rem ? quia vel hic defunctum repraesentat : & Senatus hujusmodi nuptias ideo prohibuit ; ne pupillae ab his qui compelluntur eis reddere rationes gestae tutelae , in re familiari circumscriberentur. Similiter ait Paulus *l. 60. d. t.* si quis tutor quidem non sit , (id est , ut ego interpretor, si amplius quidem tutor non sit ; vel si jam desierit esse tutor) periculum tamen ad eum pertineat , (id est , adhuc tamen ad eum pertineat periculum) veluti si pupilla ab hostibus capta fuerit , aut ille falsis allegationibus a tutela se excusaverit , ut ex sacris Constitutionibus periculum ad eum pertineat : esse quaesitum, an sententia Orationis contineatur ? Et putat , hos quoque

ad Senatusconsultum pertinere. Idque etiam sequente fulcit argumento : quia & hujusmodi periculum in numerum trium tutelarum computari , comprobatum est. Ab eadem causa quoque e contrario ait, si propter alterius personam periculum ad eum pervenit : veluti , si Magistratus in tutelae periculum incidit, vel quis fidejusserit pro tutore vel curatore : magis esse , ut extra sententiam Senatusconsulti sit : & praefatur, quod nec in numerum trium tutelarum hac imputantur *d. l. 60. §. 1.* Non a me impetro ; ne hic moneam quod ab aliis filerur, quamquam est dignum moneri : quod posterior Pauli ratio, petita a numero trium tutelarum , est quidem ab eo allata majoris luminis gratia : sed non est decretoria, sicut prior quae est ipsius Orationis : quin vult eam , cum hac comparatam , huic cedere. Id non debui hic filere : quia sic liquebit scopus sequentis §. 2. *Quid ergo, si honoris causa tutor datus sit ? quatenus nec hujusmodi tutela in numerum comparatur, nunquid idem sit ? Sed ratio in contrarium ducit : quod dictum est (§) honorarium tutorem periculum solere pati, si male passus sit administrari tutelam.* Erat dubitatio, an honoris causa datus tutor, pupillam salva Oratione posset ducere uxorem. Et poterat alicui videri : propterea quod honoraria illa tutela in numero trium tutelarum non computatur ; eaque ratio in praecedentibus casibus valuit ad exceptionem. Quid Paulus ? non putavit, hanc esse decretoriam : licet illic fuerit ex adjuvantibus ; ideoque ei qui sic censeat, non accedit : causatus , quod ratio in contrarium ducit : id est, quod ratio vera & solida ducit in contrarium. quae illa ? ipsius Orationis : saltem quaerentis , an periculo tutelae teneatur is qui pupillam ducturus sit uxorem. id vero in proposito est certum auctore Ulpiano *l. 3. §. 2. D. de admin. tut.* Paulus hanc rationem sic designat, quod dictum est , & honorarium tutorem periculum solere pati ; si passus sit, tutelam male administrari. Non igitur potest tutor, utcumque honorarius, pupillam uxorem ducere , salva Oratione. Exposui *d. §. 2. l. 60.* Ab eodem fonte sic quoque bene Paulus §. 3. sequente : *Quin autem ille qui cum datus est tutor, cessat in administratione, pertineat ad Orationem, non est dubitandum quia perinde tenetur ex sacris Constitutionibus, atque si gessisset.* Igitur prohibetur tutor & curator pupillam ducere uxorem. An & curator ventri bonisque datus ? De hoc nihil Oratione : sed Tryphoninus *l. 67. §. 4. D. h. t.* confirmat, vel hunc inducere prohibitionem Senatusconsulti. Ut vero ille recedet a Senatusconsulti verbis, voluit similitudo rationis : quae est, quod hic quoque debet rationem reddere. Possit quis putare, esse inter hos differentiam , propter spatium administrationis. Sed Tryphoninus negat , hac moveri nos oportere : eo quod nec in tutore , nec in curatore habitum est discrimen majoris aut minoris temporis quo in hujusmodi munere quis fuerit. Plane, si quis usurpato tutoris vel curatoris nomine , id est, si pro tutore, seu curatore, negotiorumve gestore, res pupillae administraverit, eamque sibi filiove suo copulaverit : jubent Imperatores , Leo & Anthemius *l. 8. C. de interdict. matrim. int. pupil.* tales nuptias stare, & non ad exemplum tutorum infirmari. Sed apparet, Oratione caveri , Ne tutor aut curator pupillam aut adultam ducat uxorem. Quid, si eam sibi despondeat ? Verba Orationis solas nuptias prohibent. Verum Paulus *l. 60. §. 5. h. t.* quamvis, inquit, verbis Orationis cautum sit , Ne uxorem tutor pupillam suam ducat ; tamen intelligendum est, ne desponderi quidem possit : hac adjecta ratione ; cum qua nuptiae contrahi non possunt , hac plerumque ne quidem desponderi potest : & quae duci potest, jure despondetur. Huc usque dixi de tutore & curatore ipso. Porro de filio dicam : nam de hoc quoque cautum Senatusconsulto fuit *l. 59. D. h. t.* & quia generaliter atque infinite, optime observat Tryphoninus *l. 67. d. t.* illum non solum vivo patre, sed & mortuo, prohiberi eam ducere uxorem , cujus tutelae rationi obstrictus pater fuit.

fuit. Addit Tryphoninus; *Nec puto interesse, extiterit ei heres filius, an abstinuerit paterna hereditate, an nec heres fuit, forte exheredatus, aut præteritus emancipatus.* Sic editur: sed deest aliquid pleno sensui. suppleo: *forte exheredatus aut præteritus suus vel emancipatus.* Hoc mihi incidit. Cur autem velit Tryphoninus, tutoris filium, etiamsi non sit heres patris, ad Orationem pertinere, hæc adfertur ratio: Nam & fieri potest, ut patris bona per fraudem in eum collocata, propter tutelam, revocari oporteat. Nec hoc omittam, quod Paulus l. 60. §. 7. h. t. Naturales, inquit, liberi, licet in adoptionem dati fuerint, Senatusconsulto continentur. Et tamen, si adoptivus tutoris filius pupillam illicite duxerit, posteaque emancipatus fuerit, ait in §. 6. Senatum de adoptivis emancipatis non sensisse: quia post emancipationem in totum obliviscuntur adoptivæ familiæ. Cæterum, quod de filio dixit Senatusconsultum, Paulus latius interpretatur l. 59. h. t. dicens, filii appellatione in Senatusconsulto etiam nepotem significari. Addamne & filiam? negat Callistratus l. 64. §. 1. d. t. nimirum, quia in proposito visa est alia filii, alia filiæ, ratio: licet alioquin iusta interpretatione recipi scribat Julianus; ut appellatione filii aliquando & nepos & filiafamilias contineatur l. 201. D. de verb. signif. Exposito hæcenus rigore Orationis, nuptias tutoris, ac curatoris, eorumque filii cum pupilla aut adulta prohibentis: ne temperamenta quidem omittere debeo. Primum est in l. 36. h. t. cuius apposui verba: *Tutor vel curator adultam (uxorem) ducere non potest: nisi a patre desponsa, destinatave, testamentove nominata conditione, nuptius, secuta fuerit.* Sic ubique legitur: nullo sensu. scribe: *nominata conditione, nuptias secuta fuerit.* Dixi de patre. An idem in matre? minime: ne si pater quidem voluerit, in ejus arbitrio esse cui nuptum collocetur communis filia: nam ne tunc quidem tutorem ab ea eligi, Papinianus patitur l. 62. D. h. t. Quam ob rem? quia non videtur pater cogitasse de persona tutoris. imo ideo maxime matrem prætulit; ne filia nuptias tutori committeret. Altera exceptio est: si tutor reddiderit rationem gestæ tutelæ; & elapsum fuerit tempus quo pupilla adversus læsionem possit in integrum restitui: ut ex superioribus jam constat. Est & tertia exceptio, ipsa elegans apud Tryphoninum l. 67. §. 1. h. t. cuius apposui verba: quia sunt luxata, & restituenda. *De uno dubitari potest: si avus tutelam gessit neptis ex emancipato filio nata, an nepoti ex altero filio eam collocare possit: sive emancipato, sive manenti in potestate: quia par affectionis causa suspicionem fraudis amovet? sed et si Senatusconsultum stricto jure contra omnes tutores nititur, attamen summa affectionis intuitu, hujusmodi nuptia concedenda sunt.* Miror, non esse animadversum a Doctissimis Viris, non coherere formam disputationis: verbis, *quia par affectionis causa suspicionem fraudis amovet*, translatis eo quo non oportuit. reducenda hæc inde, ubi extant, ad finem loci hoc modo: *hujusmodi nuptia concedenda sunt, quia par affectionis causa suspicionem fraudis amovet.* Thema: avus qui gessit tutelam neptis ex filio emancipato nata, eam collocat nepoti ex altero filio, sive emancipato, sive manenti in potestate. an potest? quæstio in eo est: quod Oratione & Senatusconsulto eam secuto, nullus excipitur tutor, ne avus quidem. Quid Tryphoninus? et si, inquit, Senatusconsultum stricto jure contra omnes tutores nititur, attamen summæ affectionis avitæ intuitu hujusmodi nuptiæ concedendæ sunt. Qua causâ? ait, quia par affectionis causa suspicionem fraudis amovet. Hæc Tryphonini ratio apta & pulchra in omnibus exemplaribus loco mota incuria Librarii, me conjectore, hoc modo fuit restituenda: & jam lib. 2. De fœnor. & usur. c. 5. observavi vitium simile in l. 10. §. 3. D. Mandati. Superioribus temperamenti addam sequentem ex Tryphonino l. 67. §. 5. h. t. Ait is, si Titius puellæ tutelam administravit, vel curator negotia gessit, eaque nondum recepta ratione decessit filia herede re-

lictâ: quæsitum fuisse; an Titius possit eam suo filio collocare in matrimonium? Tryphoninus quærenti dixit, posse: causatus, quia ratio hereditaria esset, & simplex debitum. præterea addidit, quod alioquin omnis debitor eam cui obligatus esset ex aliqua ratione, prohibetur sibi filioque conjungere. Sensus Tryphonini: quod ratio ad quam reddendam tutor, post pupillæ mortem, heredi tenetur actione tutelæ, non est putanda talis, qualis erat pupilla viva: sed illo habenda modo, ad quem habetur quælibet pupillæ ratio, sive cætera pupillæ debita. nam pupilla ipsa, cum vivebat, in exercenda tutelæ actione habebat privilegium exactionis ante reliquos creditores l. 52. D. de peculio: sed ejus heres, utcumque agat actione tutelæ, sicut potest, idem privilegium non habet: quippe cum sit personæ, non causæ, ideoque cum persona extinguatur l. 42. D. de admin. tutor. l. 19. §. 1. D. de reb. auct. judic. possid. l. 1. §. 12. D. de Leg. Cornel. de sicar. Igitur cum reddenda a tutore post pupillæ mortem ratio sit instar cujuscunque hereditariæ rationis & simplicis debiti, non est Oratio in mora, ne filia pupillæ a tutore ejus filio nuptum collocari possit. idque eo justius esse, Tryphoninus putat: quia alioquin omnis debitor eam cui esset ex aliqua ratione obligatus, posset prohibitus videri, eam sibi filioque suo conjungere.

Simile ei quod de tutore & curatore pupillæ & adultæ dixi, occurrit in Præside provincie, & qui officium in ea administrat, qualis est Præfectus cohortis vel equitum, aut Tribunus. nam hi, propter metum potentatus, (ea ratio adfertur in l. 63. D. h. t. in l. unic. C. Si rect. provinc. vel ad eum pertin. spons. deder. dicitur, si possit esse terribilis, Mandatis Principis prohibentur, mulierem inde oriundam, vel ibi domicilium habentem, durante administratione, uxorem ducere l. 38. d. t. aut filio illam ducenti consentire l. 57. d. t. quin ea prohibitio d. l. unic. porrigitur etiam ad nepotes, ac propinquos & participes, id est, consiliarios, domesticosque. Hoc in nuptiis. aliud in sponsalibus: quamquam cum hac moderatione, ut si mulier, post officium depositum, noluerit nuptias contrahere, liceat ei hoc facere, tantummodo redditus arrhis, quas acceperat d. l. 38. id tamen non obstat, quo minus possit quis veterem sponsam in provincia quam administrat, uxorem ducere d. l. §. 1. præterea non prohibetur, filias in matrimonium collocare, & dotem constituere d. l. §. 2. Adhæc scribit Paulus l. 65. D. h. t. eos qui in patria militant, non videri contra Mandata ex eadem provincia uxorem ducere.

Tempus est, cogitare de effectis nuptiarum. fuere autem varia; prout erant nuptiæ vel civili, vel gentium, jure contractæ. id demonstravi lib. 2. Probabilium c. 9. summa est, quod mulier, si viro in manum convenerat usu, farre, aut coëmptione, solita fuit materfamilias appellari: simpliciter nuptia, uxor dici. illa transibat in potestatem viri; eratque ei filiafamilias loco, & una cum liberis ex ipsa natis inter suos heredes. ita nihil habebat proprium, exemplo filiafamilias. hæc contra, si fuerat in patris potestate; in ea manebat: si fuerat sui juris, manebat talis; bona etiam sua retinebat, excepta dote conventa & tradita quæ erat mariti. Sed hæc differentiæ jure Justiniano fere evanuerunt. ita obliterata priore uxorum specie, tantum superest posterior. de qua dicitur: quod sequitur forum, domicilium, & dignitatem mariti l. 65. D. de judic. l. 13. C. de dignit. l. 8. D. de Senatorib. Adde, quod liberi ex ea nati, sunt in patris potestate pr. Inst. de patr. pot. item convalescit dos l. 3. D. de jur. dot. & donatio propter nuptias §. 3. Inst. de donat. & ut initio dictum, est consortium omnis vitæ, ac divini atque humani juris communicatio l. 1. D. h. t. an igitur bonorum quoque? solet quæri. sed tu de eorum communione vide a me scripta d. lib. 2. Probabilium c. 9. Hæc: si factæ sint nuptiæ secundum legum præcepta.

At si adversus ea coierint aliqui; ait Justinianus

§. 12. *Inst. h. t.* nec virum, nec uxorem, nec nuptias, nec matrimonium, nec dotem donationemve propter nuptias intelligi. porro ait, natos ex eo coitu non esse in patris potestate; sed tales, quantum ad patriam potestatem, quales sunt quos mater vulgo concepit: nam nec hos patrem habere, cum pater incertus sit; atque inde spurios appellari. verbo dicam, nuptias perinde haberi, ac si non essent contractæ. Sit ita: sed de vitæ consuetudine quid dicemus? separandam: nuptiis a filiafamilias contractis; patre invito aut ignorante: ut infra docebo sub Titulo, *De divortio & repudiis*. Item puta, si turpis sit consuetudo, ut in incestu *l. 38. §. 4. D. Ad Leg. Jul. de adult.* alioquin non æque. Atqui non est matrimonium, quodcumque sit adversus leges initum. Nempe non est iustum: sicut nec iustus vir, nec iusta uxor, quatenus ad iura conjugum legitimorum. sed nihilominus iniustum dicitur matrimonium *l. unic. D. Unde vir. & uxor.* item iniustus vir & iniusta uxor *l. 13. §. 1. & l. 24. §. fin. D. Ad. Leg. Jul. de adult.* igitur

quid ni daret vitæ societas, etsi nullo jure? Sed id liquet ex hoc Callistrati *l. 37. §. ult. D. Ad municip. Mulieres quæ in matrimonium se dederint non legitimum, non ibi muneribus fungendas, unde mariti earum sunt, sciendum est: sed unde ipsæ ortæ sunt: idque Divi gratres rescripserunt.* Non alio intendit Ulpianus *l. 27. D. h. t.* sic scribens: *Si quis in Senatorio ordine agens libertinam habuerit uxorem, quamvis interim uxor non sit, attamen in ea conditione est, ut si amiserit dignitatem, uxor esse incipiat.*

Non est his contentus in *d. §. 12. Inst. h. t.* Justinianus: non enim vult tantum, ipso jure nullum esse matrimonium, cum est adversus leges contractum: sed plus docet, eos qui id contraxerint, etiam pati certas pœnas quæ sacris Constitutionibus contineantur: eas vero non exprimit, a me quoque hic nominatim edi, non est opus: cum sint notæ omnibus; eoque nulla egeant ulteriore aut explicatione aut enumeratione.

TITVLVS III

De jure dotium.

Titulus hic, *De jure dotium*, Titulo *De ritu nuptiarum* subijcitur: quia, ut sub eo dictum, inter effectus nuptiarum quæ contractæ sint secundum legum præcepta, etiam hic est; ut dos convalescat, siue promissa, siue tradita. Spectat autem hoc verbum interdum ad rem; interdum ad negotii gestionem. Ad rem spectat; cum dos dicitur dari aut restitui. eo sensu Varro, *lib. 4. De Ling. Latina*, Dos erit, inquit, pecunia, si nuptiarum causa data. Ad negotii gestionem refertur dos: cum ejus formam, modum, vim atque effectum quærimus: id est, ut hic Titulus ait, jus dotis. sic vero dos est; donatio quædam mulieris nomine in virum collata ad sustentanda matrimonii onera. Dotem esse donationem, vix dubitari potest: eo quod matrimonium potest esse sine dote *l. 22. C. de nuptiis*. deinde auctor est Justinianus *l. ult. C. de donation. ant. nup.* dotem donationibus a Veteribus annumerari. Igitur dos est donatio, sed quædam: id est, non mera & propria. nam sub conditione fit, etiam sub conditione resolvitur, quia datur propter matrimonium; ac sine eo nulla est *l. 3. D. h. t. l. ult. C. de don. ant. nup.* datur igitur sub conditione, si nuptiæ sequantur, & ut finitis his restituitur: interim autem maritus habeat fructus pro sustentandis matrimonii oneribus. hac ratione dicitur contractus in *l. 23. D. de regulis juris. l. 1. §. 6. D. de constituta pecun. l. 65. D. de judiciis.* & ut cohæret matrimonio, ejusque oneribus servit *l. 21. l. 56. §. 1. D. h. t. l. 16. D. de castrensi peculio.* ita Martino Capellæ *lib. 9. De nupt. Philol. p. 304. repensatrix* appellatur. Tryphonino, nisi matrimonii oneribus serviat, nulla est *l. 56. D. h. t.* respectu autem Legis Juliæ & Papiæ Cujacio *lib. 25. Observ. c. 25.* magis videtur emptioni, quam causis lucrativis, comparari *l. 19. D. de obligat. & act.* Postremo addidi in definitione, quod dos in virum confertur uxoris nomine. nempe, quia non tantum ab ea, sed ab ejus quoque parentibus, & quibusvis aliis, constituitur.

Eam dotem Ulpianus in *Frag. tit. 6.* facit duplicem: vel profectitiam vel adventitiam. profectitiam vocat quam pater mulieris dedit. addit in *l. 5. D. h. t.* esse dotem profectitiam quæ a patre vel parente profecta est de bonis vel facto ejus. nec sic pleno sensu: nisi ex *§. 1. d. t. 6.* intellectu suppleatur: Dos profectitia est quæ a patre vel parente virilis sexus per virilem sexum cognatione juncto profecta est de bonis vel facto ejus. quod bene notavit Cujacius ad *d. tit. 6.* Sufficit igitur dotem, ut profectitia sit, esse profectam a patre aut avo paterno. nec refert; utrum filia sit in potestate, an emancipata. non enim jus po-

testatis, sed parentis nomen, dotem profectitiam facere, idem definit Ulpianus *d. l. 5. §. 11.* aliter atque in peculio observatur. nam hoc sine patria potestate nullum est: cum illa etiam sine patria potestate intelligatur. Illud non sufficit Ulpiano, profectam esse a patre: amplius vult, de bonis vel facto ejus processisse *d. l. 5. D. h. t.* Primum oportet dotem, ut sit profectitia, a patre esse datam de bonis ejus. nam si aliunde dederit, quam de suis bonis, non est profectitia, sed adventitia. fac: pater est heres institutus, substituto filia marito. pater repudiat hereditatem sibi delatam, ut veniat ad maritum filia, dotis constituendæ causa. non est dos profectitia: quin nihil erogavit de suo pater, sed non adquisivit. idem est, si legatum in hoc repudiavit, ut apud generum heredem remaneat, dotis constituendæ causa. nam nec hic de suis bonis dedit: sed non adquisivit *d. l. 5. §. 5.* Inde nata est quæstio *d. l. 5. §. 9.* cui frustra opponitur *§. 2. d. l.*

Ut igitur profectitia dos sit, oportet esse a patre datam de bonis ejus: sin minus, de ejus facto. Hoc autem factum perinde accipe, ut in *l. xi. D. de regulis juris*, pro qualicumque facto ex quo potest ficti conjectura voluntatis; & res, secundum negotii naturam, ad alium transferri. pone: (qui est casus *l. 6. §. 1. D. h. t.*) pater pro filia in dotem dedit fundum alienum bona fide emptum. ait Pomponius, a patre profectum intelligi. Finge rursus: pater filia nomine in dotem dedit nummos alienos quos mutuos acceperat, aut in causam crediti receperat. consumptis his, dotem profectitiam effici Papinianus putat *l. 81. D. eod.* Similis observatio est in *d. l. 5. §. 7.*

Adventitia dos est, a quovis alio quam a patre data; ut Ulpianus definit *d. tit. 6. §. 3.* imo & si pater dedit, non tamquam pater, sed fidejussor, alio dotem promittente; ait Neratius, non esse dotem profectitiam; quamvis pater a reo servare id quod solvit, non possit *d. l. 5. §. 6.* idem est, si pater dotem dedit tamquam filia debitor ex ejus jussu: nam adhuc magis est, ut adventitia, quam profectitia, dos videatur *d. l. 5. §. 11.* non enim dedit tamquam pater, sed tamquam debitor *d. l. 5. §. 6.* ac si rem spectamus, perinde est, ac si pecunia non de ejus, sed de filia, facto processerit. nam si per ambages actum esset, is foret rei gestæ ordo, ut pecunia a patre ad filiam, deinde a filia ad maritum, perveniret. nunc celeritate conjungendarum inter se actionum, una actio occultata est.

Haftenus de dotis definitione, & divisione. sequens locus

locus erit, a quibus dos constituatur. constituunt autem plerique volentes: quidam etiam invita. volens dotem ipsa pro se constituit mulier: etiam alius quis. tantum pater & avus paternus, qui filiam aut neptem habent in potestate, si liberos injuria prohibuerint uxores ducere, vel nubere, vel pro his dotem dare nolint; invita eos in matrimonium collocare, & dotare per Praetorem Urbanum coguntur capite trigesimo quinto legis Juliae: ut vero in provinciis idem per Proconsules Praetidesve fieret, placuit Constitutione Severi & Antonini l. 19. D. de rit. nupt. Sic puto: & est hoc diligentissimae observationis: optime positurae fundamentum sequentium: simul monstraturae, quomodo accipiendum sit quod alibi paternum esse dicitur officium, dotem pro sua dare progenerie l. ult. C. de dot. promiss. l. 6. D. de collat. bonor. Haec sic obtinent; cum filia aut neptis est in potestate. nam si emancipata sit: de ea nihil Lex Julia; nihil Constitutio Severi & Antonini. ita quod ad emancipatam attinet, mansit jus antiquum: quo paternae aviraeque voluntatis fuit, filiam & neptem dotare; necessitatis non fuit.

Ea ratione nec mater tenetur dotem dare pro filia: quia Lex de matre non loquitur. Et sane, cum patrem, postquam filiam desit in potestate habere, ulterius ad dotationem non obligat; quo argumento cogat matrem, dotare filiam quam in potestate numquam habuit? Non magis poterit pater dotem filiae constituere ex bonis maternis, matre inscia aut invita. Vix opus erat, hoc admoneri; cum tamen de eo dubitaretur, ita Basilissae cuidam rescribere Impp. Diocletianus & Maximianus l. 14. C. h. t. Additur ibi sequens exceptio: *Nisi ex magna & probabili causa vel lege specialiter expressa.* Verum haec non est illorum Imperatorum: sed Tribonianus; & adscripta ab eo ex l. 19. §. 1. C. de Hæretic. & Manich. id bene observavit Franciscus Hotmanus lib. 6. Observ. c. xx. Utinam addidisset voculam, *vel*, in ea exceptione pro usu illorum temporum quem pluribus exemplis demonstravi sub Titulo, *De Lege Rhodia* nihil distinguere.

Tenetur igitur pater dotare filiam quam habet in potestate. quid si locuples sit, ut ipsa pro se dotem constituere possit? Est hæc quaestio in utramque partem agitata a Doctissimis Interpretibus: sed minus accommodata ad usum juris: Veteribus certe Jurisconsultis a quibus argumenta solent utrimque periri, in Pandectis est incognita. quin illorum tempore, ne incidere quidem potuit: liberis qui erant in patris aut avi potestate, tum nihil proprium habentibus; & contra patris aut avi omnia adquirentibus. Deinde mutato in Codice jure vetere, fateor, potuit hæc nasci quaestio. non inficior quoque, inde probabilem fieri potuisse sententiam existimantium, patrem non teneri necessitate dotandi locupletem filiam; ut non teneretur alere eam quæ se exhibere ipsa potest l. 5. D. de agnosc. & alend. liber. nam ut cogatur dotare, quam non cogitur alere, quæ suadet ratio? ceterum nostra hæc disputatio non est de mera æquitate: sed de necessitate juris. hæc ante obligavit patrem: & nisi remissa est, eum adhuc tenet jure novo: etsi non iniquum sit, illa liberari eum. Videamus tamen, ne in presenti Imp. Justinianus quid de rigore Juris laxarit l. ult. C. de dot. promiss. & puto, laxavit aliquid: nam ea lege, si pater dotem simpliciter dedit pro locuplete filia; nec addidit, utrum ex sua, an ex ejus substantia: interpretatur Imperator, dotem non ex filiae, sed ex patris, substantia esse datam. idemque esse jubet; si dixerit, se eam dare ex rebus tam suis, quam maternis vel aliis quæ non adquiruntur, vel ex suis debitis; modo pater idoneam possideat substantiam. quod si penitus inopia sit tentus: jam contra decernit Imperator, dotem non ex rebus ejus, sed ex rebus filiae datam intelligi. Sic quidem Justinianus. id vero quo exit: nisi indicat, quod si pater pro filia locuplete certam promittit dotem, verbi gratia, mille aureos; & nominatim exprimit, se eam sum-

Noodt Operum Tomus II.

mam pro sua filia in dotem dare, non de suis, sed de filiae bonis: recte hanc dotem de filiae bonis promittit: ipse autem ad ulteriorem dotis constitutionem non tenetur.

Age nunc de fratre videamus. nam vel de eo est insignis difficultas in l. 12. §. 3. D. de administratione tutorum: Paulo fratrem uterinum distinguente a consanguineo: quasi hic sororem teneatur dotare, ille non teneatur. Sic etiam conjiciunt Interpretes omnes summi & infimi: meo judicio imprudenter. quod enim fundamentum illa habet distinctio? nullum. nam cum dotandi necessitas legibus soli injungatur patri aut avi, filiam aut neptem in potestate habenti: ab eaque excusetur pater, emancipata ab eo filia, nec minus mater: ullone, quælo, colore frater cogetur vel consanguineam dotare sororem: quam nec collocare cogitur; nec magis ipse, quam mater, habet in potestate? At enim Paulus d. §. 3. *Sed non dabit dotem sorori alio patre nata.* cur autem ait, *alio patre nata*, nisi præ se fert argumento a contrario, aliud servari in sorore eodem patre nata? Sic illi: facto argumento a contrario, id vocantes fortissimum. Ego, si mihi liceat meo uti ingenio, non finam, Nobiles juvenes, juris studiosos, diutius falli hujusmodi ludibrio: ac jam pridem ostendi, *Julio Paulo, sive de partus expositione & nece c. vii.* argumenta ista a contrario aut consequentia in Pandectis & Codice pletumque duci præter auctoris mentem. in præsentia vero hoc fieri an potest aut debet, præferim adversus manifesta quæ dixi juris principia? apage. non est credibile, Paulum hoc loco qui est unus & singularis in toto Juris Corpore, tale quid intendisse, invita Jurisprudencia. magis probabile est, cogitasse quod ab ea non abhorreat. potuit vero meminisse uterinæ sororis, quamquam non propter dotem, sed propter tutelam: ita voluisse, tutorem non debere dotem dare pro uterina pupilli sorore: nihil præterea. Cur tamen nominatim dixit pro uterina; non etiam pro consanguinea? Jam dixi: quia uterina non utique cum fratre est sub eadem tutela sub qua sit consanguinea: eoque uterina ad fratris sui tutorem non pertinet: consanguinea pertinet. & optime possit fratris tutor dotem pro sorore consanguinea dare non ex fratris, sed ex ipsius, bonis. Sed signabo responsum, & plus audebo dicere, ex Pauli sententia fratri non incumbere dotandæ sororis onus; atque id vel ipsius indigitari Pauli verbis: *Nam etsi honeste, ex liberalitate tamen sit: quæ servanda arbitrio pupilli est.* Paulus honestatem distinguit a jure: arbitratus, fratri honestam quidem esse pauperis sororis dotationem: sed jure non esse necessariam. quare si fiat, liberalitate fieri; id est, mera voluntate: si non fiat, nullam esse coactionem; etsi avaritia eam non dotantis apud bonos viros non careat opprobrio. Sic aliquando Plautus *Trinummio* 3. 2. Verba Plauti.

Sed ut inops infamis ne sim, ne mihi hanc famam differant,

Me germanam meam sororem in concubinatum tibi sic sine dote dedisse magis, quam in matrimonium. Quis me improbius perhibeatur esse? hac famigeratio

Te honestet, me autem collutulet, si sine dote duxeris.

Tibi sit emolumentum honoris, mihi quod oblectent, fiet.

Sed apparet, a Paulo adferri juris præceptum, quod a juris regula distingui solitum, alibi manifeste probavi *Julio Paulo c. 10. & seq.*

Ex hæcenus dictis intelligitur, solius esse officium patris aut avi, filiam aut neptem habentis in potestate, eam dotare. Non minus tamen esse officium tutoris, pro pupilla dotem constituere pro modo facultatum ejus, & dignitate sponsi, docet Papinianus l. 69. §. 5. D. h. t. Curatoris meminere Celsus l. 60. & Terentius Clemens l. 61. d. t. Sed verisimile est, Tribonianum his aliisque locis *curatorem* pro *tutore* substituisse: nam ad constituendam dotem jure ve-

Kk

tere

tere semper necessarius fuit tutor : curator adhibere non potuit : auctore Ulpiano *tit. 12. in fine.* Ceterum si tutor adhiberetur : adhuc quaesitum fuit ; essetne illi Prætoris decreto opus , an non ? sed placet distinctio Terentii Clementis *l. 61. §. 1. D. h. t. exstimatoris* , si maritus velit rerum ipsarum corpora accipere in dotem , nihil ulterius esse quaerendum : sin malit , vendi , & pecuniam sibi in dotem dari , licere tutori vendere , & pecuniam conficere : sed demum decreto inpetrato causa cognita , ac secundum hoc accipienda fortassis est species *l. 8. C. de prædiis & aliis reb. min.* est enim ad factum rescripta.

Tempus est , ut consideremus , quæ res possunt in dotem dari . possunt autem dari omnes quæ sunt in commercio : live sint quantitates pondere , numero , aut mensura constantes : live sint corpora , eaque immobilia , mobilia , aut sese moventia : nec magis refert , utrum sint æstimata , an inæstimata *l. 10. & l. 42. D. h. t.* quamquam non ignoro , fundum inæstimatum a Justiniano *l. unic. §. 15. C. de rei uxoria actione* proprie dotalem appellari . Præter superiores res possunt etiam incorporales in dotem dari , nomina verbi gratia . & est observandum , quod Impp. Valerianus & Gallienus *l. 2. C. de obligationibus & actionibus* ajunt , sæpe rescriptum esse , nominibus in dotem datis , marito , quamvis nec delegatio præcesserit , nec litis contestatio subsequuta sit , tamen utilem actionem dari oportere , ad similitudinem ejus qui nomen emerit . In rebus incorporalibus est etiam ususfructus : qui si in dotem datus sit , (ut potest *l. 66. D. h. t.*) jus ipsum , non fructus qui ex eo percipiuntur , in dote esse putari debent *l. 7. §. 2. D. h. t.* Possunt igitur in dotem dari res omnes quæ sunt in commercio , maxime propriæ . an & alienæ ? puto ; non quidem , ut jus domino intervertatur : hoc enim non patitur naturalis aut civilis ratio : sed ut inter contrahentes servetur de dote conventio . id multa evincunt : primum quid notius est , quam aliena re accipienti bona fide tradita ex causa dotis , esse usucapionem pro dote ? ea vero an procederet , nisi aliena res in dotem dari posset ? sed aperte Ulpianus *l. 1. D. Pro dote* , Titulus , inquit , est usucapionis , & quidem iustissimus qui appellatur pro dote : ut qui in dotem rem accipiat , usucapere possit spatio solemnī , quo solent qui pro emptore usucapiunt . Superiori argumento accedit sequens : quod si mulier rem alienam sciens in dotem dederit , & divortium sequutum sit , ei reddenda est , quasi suam dedisset *l. 11. D. Solut. matrim.* Præterea ait Ulpianus *l. 16. D. h. t.* quoties res æstimata in dotem datur , virum ea evicta ex empto contra uxorem agere , & quidquid ea actione fuerit consecutus , dotis actione , soluto matrimonio , ei præstare oportere : quare & si duplum forte ad virum pervenerit , id quoque ad mulierem redigi : eamque sententiam habere æquitatem : quia non simpliciter venditio sit , sed dotis causa : nec debet maritus lucrari ex damno mulieris : contra sufficere maritum indemnem præstati , non lucrum sentire . Postremo ait Pomponius *l. 6. §. 1. D. h. t.* Si pater alienum fundum bona fide emptum , in dotem dederit , ab ipso profectum intelligi . Igitur sicut potest res aliena vendi , aut pignori dari , eoque nomine inter contrahentes nasci obligatio , cum sit in commercio : sic nil obstat , quo minus re aliena in dotem data , vel eo nomine obligatio inter contrahentes sustineatur . At enim Ulpianus *l. 13. §. 2. D. de fundo dotali* exponens legem Juliam de fundo dotali ait , Dotale prædium sic accipi ; cum dominium marito quaesitum est : ut tunc demum alienatio prohibeatur . Recte : non enim hoc agit Ulpianus , ne videatur dos esse , nisi translato dominio , quod nobis in proposito negotium est . magis quaerit , quando prædium , doli destinatum ab eo cujus in bonis sit , dotale dici possit : ne maritus id alienare liceat . & responderet Ulpianus , tum demum fieri dotale : cum quaesitum est marito dominium : id est , tum ubi facta est ejus tra-

ditio . nam ea demum dominium acquiritur , clare sic ipse Ulpianus *l. 5. D. Solut. matrim.*

Non aliena ab hoc loco fuerit inquisitio : an rebus in dotem datis aliæ substitui , & dotales effici possint ? mihi videtur ex *l. 32. l. 25. & l. 27. D. h. t.* modo mulieri utile sit , id fieri *l. 26. d. t.* & ex ejus consensu fiat , atque in permutando agatur *l. 21. D. de pact. dotal.* Ceterum empta a marito res ex dotali pecunia , uxori non acquiritur . tantum competit ei dotis actio *l. 12. C. h. t.* Verum Gajus *l. 54. D. h. t.* sic scribit : *Res quæ ex dotali pecunia comparatae sunt , dotales esse videntur.* Sed mihi prociue est , Gaji verbis usum quaerere in privilegio quod mulier dotis nomine habet inter mariti creditores , cum non est solvendo . Rex exemplo liquebit . Mulier marito dedit dotem : is fisco vel reipublicæ debet . non est solvendo . mulieri competit privilegium ante ejus creditores personales *l. 74. D. h. t. l. 17. §. 1. l. 18. & l. 19. D. de reb. auct. judic. possid.* Id explorari juris est in ipsis rebus marito in dotem datis . tantum dubitatur de rebus a marito ex dotali pecunia comparatis . causa dubitandi : quod hæ non sunt dotales . igitur retinentibus juris regulam , non fruetur privilegio mulier . Sed placuit Gajo favore dotis adversus rigorem juris , res ex pecunia dotali comparatas perinde accipere , ac si dotales essent . Sic censeo : secutus Harmenopolum *lib. 4. Prompt. tit. 8. p. 258.* simile quid observantem in *l. 22. §. ult. D. Solut. matrim.* Cujus verba hæc sunt : *Si mulier in condicione mariti erraverit , putaveritque esse liberum , cum servus esset : concedi oportet quasi privilegium in bonis viri mulieri . videlicet ut , si sint & alii creditores , hæc præferatur circa de peculio actionem . & si forte domino aliquid debeat servus , non præferatur mulier , nisi in his tantum rebus , quæ vel in dote datae sunt , vel ex dote comparatae ; quasi & hæc dotales sint.* Thema tale est : Mulier per errorem nupta servo quem putabat esse liberum , illi tamquam marito dederat dotem . deinde detecta ejus condicione servili , apparuit , nullum fuisse matrimonium . ita ; cum dotem repeteret mulier ; & quaereretur , an ve ea in specie in qua non poterat vir & uxor dici , ei deberet concedi privilegium , sexui deteriori dotis nomine ante reliquos mariti creditores dari solitum ? errori dedit Ulpianus , ut putaret oportere ei concedi quasi privilegium : & quidem ita , ut circa actionem de peculio præferatur non modo cæteris mariti creditoribus ; sed etiam ipsi domino cui forte aliquid debeat servus . quo usque ? in his dumtaxat rebus quæ vel in dotem datae sunt , vel ex dote comparatae , quasi & hæc dotales sint . Quæ est Ulpiani hac in lege , ea in *d. l. 54.* fuit Gaji sententia . tantum interest , quod confixi apud eum speciem in qua maritus se obligavit fisco aut reipublicæ ; & mulier suo privilegio utitur adversus fiscum vel reipublicam . & est causa hanc confingendi speciem : quod in *d. l. 54.* huc ducit sequens ejus Inscriptio , *Gajus Ad Edictum Prætoris Urbani Titulo De prædatoribus.* Est autem in ea prædator live præ , ut inter alios est annotatum a Brissolinio *De verb. signif.* in verbis *Prædes & Prædator* ille qui fidem suam obligat publico . inde *Lex Prædatoria* apud Suetonium *Clandio c. 9.* quem locum erudite exponit Turnebus *lib. 27. Adversar. c. 19.* Hoc mihi suecurrit . Longius ivit *d. loc.* Harmenopolus : mulieri etiam utilem in rem actionem concedens : quod & factum a Scholiaste *ad d. l. 54. Basilic. lib. 29. tit. 1. tom. 3. pag. 597.* notavit Cujacius *lib. 5. Observ. c. 29.* refutat Antonius Faber *lib. 5. Conject. c. 2.* ego in medio relinquo .

Non est satis , intelligi qualiter rerum dotalium . etiam quantitatem sciri oportet . est autem dos aut finita & certa , aut infinita atque incerta . finita & certa dicitur ; ubi est partium conventionem expressum , quid & quantum dotis nomine constituatur . ita vero finita & certa , quantacumque sit , constitui jus est . adeo ait Alexander *l. 4. C. h. t.* fœminam nulla lege prohiberi , universa bona marito dare in dotem . Solum

lum quæsitum fuisse, ait Paulus *l. 72. D. h. t.* si mulier bona sua omnia in dotem dedit, an maritus quasi heres oneribus respondere cogatur? ipse negat. contra ait, eum quidem qui tota, id est, omnia, ex repromissione dotis bona mulieris retinuerit, a creditoribus ejus conveniri non posse: sed non plus esse in promissione bonorum, quam quod superest, deducto ære alieno. Plane, etsi jure civili valeat dotis constitutio, omnibus bonis in eam a muliere datis; tamen si minor sit, & se circumscriptam queratur: est causa, cur debeat ei perimitti in integrum restitutio: sicut minoribus propter lubricum ætatis etiam alias succurri solet *l. unic. C. Si advers. dot. l. 9. §. 1. D. de minorib.* Potest & majori annis viginti quinque in æstimatione læsa subveniri *l. 6. §. ult. D. h. t.* sed quatenus, tradidi supra sub Titulo, *De rescindenda venatione, ad finem.* Incerta dos est, ubi neque species ulla, neque quantitas est promissa; sed nuptiali instrumento adscriptum, Quod ea quæ nubebat, dotem dare promiserit. Ait vero Alexander *l. 1. C. de dot. promiss.* sic frustra promitti dotem, nempe, quia non intellecto, quid aut quantum promittatur, derisoria est promissio: quæ minima dote data palam eludi potest. Non ita est; si dos infinite quidem sit promissa: sed arbitrato boni viri, non est enim incerta boni viri arbitrato promissa, idem dicendum, si promissa quidem ab aliquo dos sit, non addita quantitate; sed quodcumque arbitratus fuisset, nam hic perinde certa habetur dos, ac si insertum stipulationi esset boni viri arbitrium *l. 3. C. cod. tit.* At enim his scrupulum injicit Papinianus *l. 69. §. 4. D. h. t.* Sed non puto. & placet sententia Francisci Duareni, *V. Cl. lib. 1. Disp. annuvers. c. 51.* patrem qui filiam in potestate habet, & Legibus cogitur dotare, separantis a cæteris dotem sponte, non ex officii necessitate, promittentibus.

Sequitur, quibus modis dos constituatur. Ulpianus *d. tit. 6.* tres indicat: nam aut dari, aut dici, aut promitti, primum ait, dotem dari, seu tradi *l. 46. D. h. t.* nec intererat, utrum vera interveniret traditio, an ea quæ pro traditione haberetur, nam & acceptilatione constitui dotem, monet Paulus *l. 41. D. h. t.* eaque, velut brevi manu, a muliere accipi, & marito tradi, interpretatur Ulpianus *l. 43. §. 1. D. cod. tit.* Secundus modus constituendæ dotis Ulpiano est dictio. Dicere Nonius *p. 643.* explicat, promittere. fiebat ea dictio verbis certis & solemnibus: quamquam nulla præcedente interrogatione, hoc docet Gajus *lib. 2. Inst. l. 9. §. 3.* idemque intelligitur ex *l. ult. Cod. Theod. de dotibus.* formula videtur fuisse, Tantum tibi erit dotis nomine, ita conjicitur ex *l. 44. §. 1. & l. 46. §. 1, item l. 57. & 59. D. h. t.* etsi pro dictione in his substituta a Triboniano sit promissio. cæterum ubi præcesserat dictio a parte mulieris; deinde subsequuta ex parte viri fuit acceptatio his verbis, Accipio conditionem, alioquin non valebat; uti commode Terentius, & ad eum Donatus, in *Andria, act. 5. sc. 4. vers. 47. & 48.* Dotem porro dicere non poterat unusquisque, sed tantum mulier nuptura, item debitor mulieris ejus jussu, & parens mulieris, virilis sexus per virilem sexum cognatione junctus, velut pater & avus paternus: teste Ulpiano *d. tit. 6.* Præter tres has personas, nemo potuit obligari dotis dictione, igitur in cæteris qui se pro muliere obligarent, opus fuit stipulatione: id est, præcedente interrogatione & sequente responsione: quam tertium feci modum constituendæ dotis, adeo Gajus, *In his,* inquit, *communijure obligari debent, id est, ut & interrogata respondeant, & stipulata promittant.* Sic editur, nullo sensu, in aliis libris est, *& stipulationem præmittant.* sensu aliquo. Eodem tendit Paulus *l. 41. D. h. t.* Promittendo, inquit, omnes obligari, cujuscumque sexus, conditionisque sint. Paulus enim promissionem dixit oppositè ad dictionem qua tantum personas tres, non indistincte omnes, obligari jam constat, eoque modo etiam Ulpianus *d. t. 6. §. 2.*

Noode Operum Tomus II

in fine, ait, Dare, promittere dotem omnes possunt. Potuit igitur dos vel dari, vel dici, vel promitti, pacto nudo non potuit constitui: ne ex pacto actio nascatur. Hoc olim fuit: sed mutarunt Imppp. Theodosius & Valentinianus *l. ult. Cod. Theod. h. t.* volentes, ad dotis exactionem qualiacumque sufficere verba, etsi dictio vel stipulatio in pollicitatione nulla subsequuta sit. Ea Theodosii & Valentiniani Constitutio translata a Triboniano in *l. 6. C. de dotis promissione.* sed inducta voce, *dictio*: quod & in plerisque Veterum Fragmentis, etiam in *l. 1. C. h. t.* accidit.

Vidimus modos constituendæ dotis, quæris de tempore? nihil addo: quia potest omni tempore constitui; nullo legibus aut moribus præscripto. Martianus Capella *lib. 9. De nupt. Philol. pag. 304.* Dehinc utrum repensatrix, dictæque conferenda dotis prorogari jure publico possit, inquirunt. Quo dicto arcamus ille præci juris assertor magna nepotum obsecratione consulitur, responditque regulariter etiam matrimonio copulato dotem dicere feminam viro nullis legibus prohiberi. Idem Paulus *lib. 2. Sentent. tit. 21. §. 1.* Verba Pauli. Dos aut antecedit aut sequitur matrimonium; & ideo vel ante nuptias, vel post nuptias dari potest. Addit: Sed ante nuptias earum expectat adventum. Sentus Pauli, quod dos, quocumque modo constituatur, semper adjunctam habet conditionem, si nuptiæ sequantur *l. 21. l. 43. D. h. t.* videlicet, quia unice datur propter nuptias, & sine nuptiis esse non potest *l. 3. D. d. t.* verissime ait Paulus *l. 41. D. d. t.* magis rem, quam verba intuenda esse, nuptiis igitur non secutis dos non potest peti, & tradita potest repeti, fructus etiam ante percepti non cedunt lucro viri; sed dotem augent *l. 7. §. 1. l. 47. D. h. t. l. 38. §. 12. & ult. D. de usur. l. 6. D. Sol. matrim.*

Accepisti modos constituendæ dotis, expectas effectus constitutæ, sunt varii, præcipuus est, actio pro ea competens: nostra explicatione etiam alios detectura. Igitur poterit dos, si sit dicta, peti condictione; stipulatione promissa, ex stipulatu, sic, Nicephoro cuidam rescripserunt Severus & Antoninus *l. 1. C. h. t.* etsi in hac legatur: si pollicitatio vel promissio fuerit interposita: nam pro dictione, tempore Severi & Antonini usitata, Tribonianus ex usu sui temporis reposuit pollicitationem, illis Principibus adhuc incognitam, & a Theodosio demum approbatam receptamque *l. 6. C. de dotis promissione.* Qua porro actione dos pollicitatione promissa exigi debeat, a Theodosio in *d. l. 6.* proditum non est, fiet igitur ejus exactio condictione ex lege: solita dari, ubi nova lege introducta est actio; nec cautum, quo genere actionis experiamur, *l. unic. D. de condict. ex leg.* Quas indicavi actiones, omnes sunt in personam, nondum sequita traditione, ea facta, si quidem a non domino, competit marito Publiciana in rem actio *l. 3. §. 1. D. de Public. in rem act.* a domino facta, rei vindicatio: quæ datur domino, sive perpetuo, sive temporali: ut demonstratum *lib. 6. tit. 1.* Esse autem maritum dotis dominum, multa probant, nec minus multa ejus dominam esse mulierem suadent. Sed plures ejusdem rei in solidum dominos eodem modo esse, vix ratio patitur: alio atque alio modo dominos esse plures, a ratione alienum non est, igitur e re erit, extricari difficile ænigma. Ad hoc adferam sequentia Justiniani verba ex *l. 30. C. h. t.* quibus ait, *Res dotales ab initio uxoris fuisse, & naturaliter in ejus permanisse dominio.* Item hæc: *Non enim quod legum subtilitate transiit earum in patrimonium mariti videatur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est.* Aut fallor, aut Imperator significat, maritum, in usu juris haberi quidem dotis dominum, at non ex toto: sed dumtaxat ad certos effectus, & maxime respectu constantis matrimonii, cæterum in dote verti causam uxoris, non viri, hoc igitur modo illam, sicut ab initio uxoris fuit, ita naturaliter, id est, re vera, ejus permanisse: & quod legum subtilitate interim

transit aliquatenus in mariti patrimonium, non idcirco rei veritatem deletam vel confusam esse in totum. is est sensus Imperatoris, ac mea opinione verissimus. spectemus finem dotis: is quis est? nisi ut marito suppetat, unde sustentet onera matrimonii *l. 56. §. 1. D. h. t.* porro spes contrahentium nuptias quæ est alia, quam perpetuam fore eam conjunctionem? id probavi supra sub Titulo *De ritu nuptiarum*. eaque ratione Paulus *l. 1. D. h. t.* quasi per consequentiam quamdam necessariam, *Dotis*, inquit, *causa perpetua est, & cum voto ejus qui dat, ita contrahitur, ut semper apud maritum sit.* Non tamen ignorarunt Veteres, matrimonium divortio sæpe dissolvi; morte semper: & opportune decrevere, dotem demum valere sequuto matrimonio, & soluto restitui. denique, maritum esse dotis dominum: at non absolute atque in universum; sed quatenus pro sublevandis matrimonii oneribus ex re dotali fructus suo arbitratu percipiat; ipsum quoque hoc quod sit hac spe, ut perpetuo apud eum dos sit, dixerunt, dotem esse titulum ex quo dominium traditione in maritum transfertur *§. 40. Inst. de rer. divis. l. 47. §. ult. D. de pecul.* sicut emptio & permutatio, quod jus perpetuum transferunt in accipientem, habentur pro causis transferendi domini. contra locatio, commodatum, & pignus, quod rem tantum tradunt ad tempus, hujusmodi causis non annumerantur. Nec jam improbabile mihi fit, Paulum, cum in *d. l. 1. D. h. t.* ait, dotis causam esse perpetuam, indigitare, dotem mariti fieri propriam: pari loquendi forma qua proprium pro perpetuo apud Veteres dici, pluribus ostendit Servius ad Virgilium *Eclog. 7. vers. 31.* Ut ut est, maritum traditione fieri dotis dominum, adeo verum est; ut ille solus jure civili habeat rei dotalis vindicationem; uxor non habeat *l. 11. C. h. t. l. 9. C. de rei vindic.* Ne alio quidem pertinet: quod servus dotalis jussu mariti tamquam domini adit hereditatem ab aliquo institutus heres *l. 58. D. Solut. matrim.* Adhæc potest maritus servum dotali manumittere *l. 3. C. h. t.* si solvendo sit *l. 21. D. de manumiss.* non manumissurus, nisi dominus esset. Præterea habet maritus alienationem rei dotalis non dicam æstimatæ, sed inæstimatæ, quoque: nisi quod Lege Julia prohibetur alienare fundum dotali Italicum, quamquam vel hoc præbet argumentum translati in eum domini: quod absque ea lege esset, alienationem jure domini haberet: & nisi esset dominus, ea lege ejusque prohibitione non foret opus. *pr. Inst. Quib. alien. lic. vel non.* Sed maritum esse dominum rei dotalis, adeo certum est: ut moriens dominium transferat in heredem: & uxor soluto matrimonio, jure vetere ad recuperationem non rei vindicationem habeat; sed actionem rei uxoriæ, vel ex stipulatu *l. 1. D. de fund. dot.* Qualecunque tamen sit hoc mariti dominium, recte monet Justinianus *l. 30. C. h. t.* tantum legum subtilitate æstimari; constante præsertim matrimonio, & fere tum quantum ad jus dotem plenior potestate administrandi, emolumentum percipiendi gratia. at ideo rei veritas deleta vel confusa non est. imo ait, res dotalis ab initio uxoris fuisse, & naturaliter, id est, vi ipsa, ejus permanisse. Nec aliud voluere Veteres: dotem dicentes proprium mulieris patrimonium *l. 3. §. 5. D. de minoribus.* item esse in bonis ejus *l. 4. D. de collat. bonor.* si spectemus ad effectus quibus illi solent res æstimare, neglecta subtilitate inani. Primum constat, servos dotalis, quidquid acquirunt, mulieri acquirere, non marito: præterquam ex operis suis, aut ex re mariti *l. 19. §. 1. D. de pecul. l. 65. D. h. t.* non alia ratione, quam quod maritus habetur servi dotalis dominus, quatenus fructus decipit: ultra mulieris jus est. Ab eadem causa maritus arbores, si quas in fundo dotali cædat, non facit suas, nisi sunt in fructu: quales sunt cæduæ, sive cremiales. cæteræ non habentur in fructu. magis sunt accessiones fundi; eoque mulieris *l. 10. §. 1. D. h. t.* quæ ejus domina fuit ante contractum matrimo-

nium, & hoc soluto, rursus futura erit domina. adeo siue eas cædat maritus, siue ultro ceciderint vi tempestatis; neutro casu fiunt ejus. contra debet has mulieri restituere, cujus sunt natæ ex ejus fundo. quemadmodum thesaurus a marito inventus in fundo dotali non est in fructu, ideoque totus non pertinet ad maritum tamquam fundi dominum: sed pro parte dimidia est mulieris, & ad hunc finem ei restituendus tamquam in alieno inventus. Sic Ulpianus in *l. 7. §. 12. D. Solut. matrim.* imo amplius ait, si maritus arbores cæderit, tantum abesse; ut id fecerit jure domini in fundo suo; ut e contrario intelligatur fundum mulieris hoc modo deteriore fecisse, eoque nomine illi teneatur. Atque ita est: res dotalis, etsi mariti videatur aliqua ratione esse: ejus tamen non huc usque est; ut ei, tamquam domino, liceat eam perdere, aut mulieri deteriore facere. non enim id ferat æquitas actionis rei uxoriæ, eum persequentis ob dolum, culpam latam, & levem, auctore Paulo *l. 17. D. h. t.* quin Ulpianus *l. 24. §. ult. D. Solut. matrim.* quaesito, an maritus si in servos dotalis fuit servus, de hoc conveniri possit: opportune scribit: *Si quidem tantum in servos uxoris servus fuit, cum teneri hoc nomine. si vero & in suos est natura talis, adhuc immoderatam ejus servitiam hoc judicio coercendam: & causatur, Quamvis enim diligentiam uxor eam demum ab eo exigit, quanta rebus suis exhibet, nec plus possit, attamen servitiam quæ in propriis culpanda est, in alienis coercendam esse, hoc est, in dotalibus.* Liceret mihi pluribus ostendere, dotem, si ad initium & exitum respicimus, naturaliter, id est, re ipsa, uxoris esse. Sed res clara, pro cumulo tamen addam, quod est omnium instar, maritum, cum teneatur omnia sua bona in censum deferre: non teneri in eum dotem deferre *l. 21. §. 4. D. Ad municipal.* nimirum, quia naturaliter non est ejus, licet forte juris subtilitate ejus dicatur, fructuum percipiendorum causa. Non minus decretorium fuerit hoc Tryphonini *l. 75. D. h. t.* *Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est: & merito placuit, ut si in dotem fundum inæstimatum dedit, cujus nomine dupla stipulatione cautum habuit, isque marito evictus sit, statim eam ex stipulatu agere posse.* porro cujus interest non esse evictum, quod in dote fuit, quodque ipsa evictionem pati creditur ob id quod eum in dotem habere desit, hujus etiam constante matrimonio, quamvis apud maritum dominium sit, emolumentum potestatem esse creditur: cujus etiam matrimonii onera maritus sustinet. Ut exponam obscurum locum, hunc confingam casum. Mulier empro fundo, in casum evictionis de more duplam stipulata est. mox hunc fundum marito dedit in dotem. evicto postea fundo, quaeritur, quando ex dupla agere possit mulier, statim, an soluto demum matrimonio? Tryphoninus putat, statim acturam. qua ratione? nempe, quia mulieris interest, ei quod in dote fuit, non esse evictum. Atqui fundus non est mulieri evictus, sed marito: cujus erat in bonis, sicut ejus erat emolumentum. Sed contra ait Tryphoninus, quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen esse: ita non occurrere, cur non ipsa evictionem pari existimetur. Vere: siquidem fundus ab ea est profectus; & ad eam erit rediturus. igitur ad rem spectanti, omisissis juris apicibus, non sine ratione videtur mulier amisisse fundum, quem per evictionem in bonis habere desit. nec ad rem pertinet, quantum ad evictionem; quod apud maritum constante matrimonio est & fundi dominium, & emolumentum. quia enim matrimonii onera sustinet mulieris nomine atque in rem ejus: rationis est, eam vel hac causa & dominium & emolumentum potestatem aliquo intellectu habere. Sic Tryphoninus, forte obscurius, sed convenienter his quæ ex Justiniano in *d. l. 30.* supra attuli. Tamen non dissimulo, eum Imperatorem illa in Constitutione a vetere Jurisprudencia in hoc recessisse: quod mulieri soluto matrimonio concedit vindicatio

cationem rerum dotalium : cum ante ad dotis repetitionem tantum haberet actionem rei uxoriæ , aut actionem ex stipulatu , sit stipulatio intervenisset , causatus ; dominium rerum dotalium apud mulierem mansisse , live æstimatæ sint , live inæstimatæ : cum utrique æstimatione rerum dotalium manifesta fiat emptio & venditio : & sicut rerum venditarum pe-

riculum est emptoris : sic periculum rerum æstimatarum est mariti *l. 10. l. 14. § 15. D. h. t.* Sed putemus , quod est jam observatum a Viris Doctissimis , eum *d. l. 30.* tantum voluisse , rei vindicationi & juri hypothecæ quod mulieri ante omnes mariti creditores hypothecarios dat , aliquem quærere colorem.

T I T U L U S IV.

De pactis dotalibus.

EXposita ratione constitutæ dotis , ne omittenda quidem fuere pacta dotalia legem dori dare solita. Est autem certus auctor Javolenus *l. 1. D. h. t.* illa tam post , quam ante , nuptias fieri : pacisci , inquit , post nuptias , etiam si nihil ante convenit , licet. Utrō autem tempore fiant ea pacta : alia ad voluntatem , alia ad jus pertinent. illa ut sunt libera & voluntaria ; possunt fieri , possunt omitti ; facta autem servantur semper. talia sunt ; ut mulier dote promissa se alat , & dos ab ea , donec nupta sit , non petatur ; aut certam summam viro præstet , & ab eo alatur , & his similia. ista reguntur auctoritate juris ; adeo non sunt libera , neque voluntaria ; neque semper servantur , quamvis placeat contrahentibus ; veluti , quando dos petatur , quemadmodum reddatur , quæ jure & legibus definita pro publica utilitate , non pendent a privata voluntate , & ut dixi , non semper servantur. Cæterum , id est , alioquin , si convenerit , Ne omnino dos petatur , indotata erit mulier. *l. 12. § 1. D. h. t.* quod non est permittendum. plura exempla non addo : occurrunt passim *l. 5. l. 6. l. 2. l. 14. § seqq. d. t.*

Frustra dixi , quæ servantur pacta dotalia : nisi insuper ostendam formam ac modum quo confieri , & servari debeant. sed prima cura erit , qua forma confieri debeant. est vero hic observandum paciscenti ; ut sibi paciscatur , non extraneo : hoc enim non sinunt juris regulæ. quid , si conjuncta sit persona , cui pacisci velit : an valet ? Hæc quæstio est difficillima , tractari quoque dignissima. sed a me pridem expedita summa diligentia *lib. sing. Ad Edict. De Pactis c. 25.* nunc novam interpretationem non habet necessariam.

Est & alia observatio minime contemnenda in forma pacti dotalis inter patrem & extraneum , si daturi dotem quid excipiant. nam extraneus potest tum , quidquid vult , tam pacisci , quam stipulari , & ignorante muliere : quippe legem dicens suæ rei. sed in patre plus desideratur : nam is si quid velit , ut potest ,

excipere ; id stipulatione efficere debet , pacto simplice id efficere non potest *l. 6. C. de jure dot.* Sic ante dotem datam. quid postea ? neuter , neque pater , neque extraneus potest sibi de dote quid pacisci aut stipulari , nisi consentiente muliere *l. 20. § 1. D. h. t.* quasi jure ei quæsito *l. 7. D. d. t.* quod invitæ auferri aut comminui nequit : ideoque eam agentem pactio lædere non debet *l. 7. C. de jur. dot. l. 29. D. Solut. matrim.*

Reliquum est ex forma pacti dotalis , quo modo factum servari debeat. & vel stipulatio illud secuta est , vel traditio. priore casu servatur actione ex stipulatu : posteriore præscriptis verbis *l. unio. § 15. C. de rei. uxor. act. l. 6. C. de jur. dot.* illic res certa est. hic metus ; ne nulla sit actio , quasi pacto nudo. Sed hunc scrupulum eximit hoc Gaji *l. 48. D. de pactis.* (quam exposui *lib. sing. Ad Edict. De pact. c. 12.*) *In traditionibus rerum quodcumque pactum sit , id valere , manifestissimum est.* Putemus igitur secundum hoc Gaji , si extraneus pro muliere dotem det , & paciscatur , eam soluto matrimonio sibi restitui : non esse pactum nudum , magis videri contractum innominatum , do ut reddas : ex quo , ut vidimus , nascitur actio præscriptis verbis : quam utilem conditionem vocant Severus & Antoninus *l. 1. C. de pact. convent. tam sup. dot.* Verba : *Legem quam dixisti , cum dotem pro alumna dares , servari oportet. nec obesse tibi debet , quod dici solet , ex pacto actionem non nasci : tunc enim hoc verum est , cum pactum nudum est : alioquin cum pecunia datur , & aliquid de reddenda ea convenit , utilis est conditio.* Quam illi dicunt utilem conditionem , & profectam ex pacto traditioni adjecto , ipsa est quam dixi actionem præscriptis verbis , & natam ex contractu innominato. ea conditio recte hic appellatur , ut alibi quoque *l. 5. § 2. D. de præscr. verb.* nec male utilis vocatur : quia omnis actio præscriptis verbis est utilis , data videlicet ad exemplum directæ & civilis.

T I T U L U S V.

De fundo dotali.

Postquam demonstratum sub Titulo *De jure dotalium* fuit , maritum constante matrimonio esse dominum dotis ; simul fuit demonstratum ejus esse rei dotalis alienationem : certo , retinendæ alienandæque rei facultatem , nisi aliter legibus fuerit cautum , in domini fructu haberi. id vero in proposito factum providentia Legis Juliæ de fundo dotali *l. 1. D. h. t.* quæ auctore Paulo *lib. 2. Sentent. tit. 21. § 2.* fuit caput Legis Juliæ de adulteriis : ideoque in libris De adulteriis expositam a Veteribus fuisse , liquet ex Inscriptione aliquorum capitum hujus Tituli. Legis summa a Justiniano *l. unio. § 15. C. de rei uxor. act.* hæc refertur. *Lex Julia fundi dotalis Italici alienationem prohibebat fieri a marito , non consentiente muliere : hypothecam autem , nec si mulier consentiebat.* Utilitas Legis non est obscura. voluit enim succurrere infirmitati sexus muliebris : ne invita aut ignorans a marito lædatur temeraria fundi dotalis alienatione : obligatione vero ne sciens quidem & contentiens , vi-

delicet , quia facilius obligationi consentit , quam alienationi : præsentem in hac damno , in illa futuro. porro ad præsens satis prudens est mulier : a futuro non æque cavet. porius autem debet jus aptari ad ea quæ & frequenter & facile accidunt , quam quæ perraro *l. 3. § seqq. D. de legib.*

Sed Legem consideremus. Is cui ea prohibetur fundi dotalis alienatio aut obligatio , est maritus. solum enim hunc Lex nominat : alium non nominat. sed visum Ulpiano , eam plenius interpretari , ut etiam de sponso idem juris sit *l. 4. D. h. t.*

Jam vero quod alienari obligative Lege prohibetur , est fundus dotalis. A Jurisconsultis sub hoc Titulo aliquoties dotale prædium dicitur : sed Lex fundum scripsit. inde Rubrica De fundo dotali , & in *l. 1. § alibi* nomen Legis Juliæ de fundo dotali. etiam finis & causa sequentis interpretationis apud Ulpianum *l. 13. h. t. Dotale prædium accipere debemus tam urbanum , quam rusticum. ad omne enim edificium*

cum Lex Julia pertinebit. Nempe locuta de fundo Lex fuit : de ædibus non fuit locuta. non tamen credita est , eo silentio ædes exclusas voluisse. ac jam simile animadvertum in Lege Duodecim Tabularum : in qua , inquit Cicero , *Topicis n. 23. Quoniam usus auctoritas fundi biennium est , sit etiam ædium. at in Lege ædes non appellantur.* Vice versa Prætor in interdicto Uti possideris tantum ædes nominat *l. 1. D. Uti possideris* : nec idcirco fundum præterisse intelligitur §. 4. *Inst. de interdict.* imo quemadmodum Ulpianus *d. l. 1. §. 1. inspecta*, opinor, Edicti mente ait, Hoc interdictum esse de soli possessore scriptum : sic ipse Legem Juliam explicans , non absurde maluit, dotale prædium , quam dotalem fundum dicere : uno verbo & fundum & ædes comprehensurus : id est, prædium tam urbanum , quam rusticum. Non alia ratione Ulpianus *d. l. 13. §. 1. et si*, inquit, Lex Julia prædium dixit considerata ejus mente , prædii appellatione etiam pars continetur. & addit , proinde si totum prædium sit in dotem datum , siue pars prædii alienari nequit , & hoc jure utimur. Similis Ulpiano incidit observatio circa prædii servitutem cum dandam , tum remittendam *l. 3. §. 5. D. de reb. eor. qui sub tut.* licet alioquin servitus magis in jure , quam in parte, habeatur. sed utilius visum Ulpiano, servire Legis sententiæ , quam verbis : manifesta Legis providentia ; ne per hoc deterior fiat prædii conditio *l. 5. §. 6. D. h. t.* Vix opus addi , ultro enim apparet , Legem , cum de fundo dotali loquitur , nec res mobiles aut sese moventes ut ut dotales attingit , in his nihil ex antiquo jure mutare : ideoque servum dotalem a marito , modo solvendo sit , recte manumitti *l. 21. D. de manumissionib.* alioquin (quod observat Arnoldus Vinnius V. Cl. ad *pr. Inst. Quib. alien. licet.*) manumitti in fraudem uxoris : ab eaque potest is dotis nomine , tamquam debitor , conveniri : ex quo evidentissime apparuerit , ejus facultates ad exactiorem dotis non sufficere *l. 24. D. Sol. matrim.* Tandem videndum , quid Lex Julia appellatione dotalis prædii designet. Ulpianus sic accipi censet *l. 13. §. 2. D. h. t.* cum dominium marito quæsitum est , utrumc demum alienatio prohibeatur. Ulpianus dotale prædium explicaturus ex mente Legis Juliæ , non putat dotale dici , cum est dori promissum ; sed cum est traditum. ita ipse *l. 5. D. Sol. matrim.* & ut dixi , ex mente Legis : scientis , dominium marito inde demum adquiri ; & ante non esse illi fundi alienationem ; ideoque nec ejus prohibitionem esse opus. Quid , si prædium , ut dotale sit , ne traditum quidem esse sufficit ; sed inæstimatum esse traditum oportet : sic proprie dotale appellari , Justinianus refert *l. unic. §. 16. C. de rei uxor. act.* arbitratus , æstimatum , non esse dotale : sed esse viri ; quasi ei vere venditum *l. 10. §. 4. D. de jur. dot. l. 5. l. 10. C. d. t.* præterquam uno casu : qui est , si in æstimatione convenit ; ut soluto matrimonio mulieris sit electio , utrum fundum malit , an æstimationem : tum enim adhuc locum habet Lex Julia *l. 1. C. h. t.* cessatura ; si electio sit relicta arbitrio mariti *l. 11. D. h. t.*

Vetat igitur Lex , dotale prædium a marito alienari , at non omne , sed tantum Italicum. nam de hoc solo loquitur : de provinciali non loquitur. potuit igitur provinciale , quia non est prohibitum , alienari. Sed Imp. Justinianus *l. unic. §. 15. C. de rei uxor. act.* motus similitudine rationis , quod Lege Julia fuit speciale in fundo Italico , etiam ad provincialem porrexit. de prædio satis.

Nunc reliqua videamus : Lex , ut supra dixi , vetat fundum dotalem alienari , non semper , sed invita muliere. proinde si eum vendat , ea consentiente : cessat Lex Julia. quid , si non mulier , sed socer , consentiat ? Papinianus *l. 12. §. 1. D. h. t.* sic inquit : *Soceri voluntas in distrabendo dotali prædio nulla est.* Nempe Lex , sicut uni consultum voluit uxori , ita ejus solius consensum admittit. Hac quoque ratione , si mulieris intersit non alienari fundum , impedit alienationem sine ejus consensu factam. si non intersit , non

impedit quasi jam supervacuo consensu. Ac nescio , an hoc velit Paulus in *l. 3. §. 1. D. d. t.* sic scribens : *Totiens non potest alienari fundus , quotiens mulieri actio de dote competit , aut omnimodo competitura est.* Pone , ut rem exemplo illustrem : legatus servo dotali est fundus , sed uxoris , non mariti , contemplatione. is fundus est dotalis ; quia testator non voluit , ad maritum , sed ad mulierem , eum pertinere. an maritus potest hunc alienare , invita uxore ? negat Pomponius *l. 65. D. de jur. dot.* causatus : quod soluto matrimonio reddendus est mulieri. habebit igitur mulier eo nomine actionem rei uxoriæ : & ut ait Paulus *d. l. 3. §. 1.* quotiens mulieri actio de dote competit , aut omnimodo competitura est ; totiens non potest fundus alienari. videlicet , quia ejus interest , eum non alienari. Longe aliter est : si mulier non est habitura fundi repetitionem : tum enim , cum non intersit ejus , non esse alienatum , confirmatur venditio. Ecce in *l. 17. D. h. t.* cui similis est *l. 42. D. de usurp. & usucap.* vir prædium dotale vendidit , muliere non consentiente. nulla est venditio , ex eaque secuta traditio non transfert dominium , neque usucapiendi conditionem , viva muliere. quid si mortua sit ? si quidem in matrimonio sit defuncta : & tota dos cessit lucro mariti : (qualis est casus in adventitia dote , si de ea restituenda is qui dedit , nihil est pactus : auctore Ulpiano in *Fragm. tit. 6.*) negat Marcianus , fundum emptori posse avelli : idque confirmat Papinianus *d. l. 42.* sine discrimine , utrum scienti , an ignoranti ; sit venditus traditusque. qua ratione ? hac optima : quod mulier non fuit habitura repetitionem alienati fundi : ideoque non interest ejus , quo minus alienatio emptori confirmetur adversus maritum , illum vindicantem præterea dominii postea acquisiti. nam ut directo nulla sit venditio contra Legem facta : tamen oportet venditorem fidem servare emptori cum quo contraxit , siue sciente , siue ignorante. sin minus : æquum est , agentem removere exceptione doli mali.

Nunc quod restat , dicam , quid alienationis verbo Lex indigitet : dotalem fundum alienari verans. est autem elegans hæc definitio Severi & Antonini *l. 1. C. h. t.* Alienatio est omnis actus per quem dominium transfertur. Exemplum talis actus in venditione , secuta dominii traditione §. 40. *Inst. de rer. domin.* ante non est. ita Ulpianus *l. 67. D. de verb. signif.* alienatum inquit , non proprie dicitur , quod adhuc in dominio venditoris manet : venditum tamen recte dicitur. Similis observatio in dote , & donatione ; nam vel his ex causis dominum traditione transfertur. at nec legatum quidem quamvis militis testamento datum ab alienatione excipitur *l. 16. D. de milit. testam.* nec multum facit quod est privilegiatum : quia id privilegium tantum ad militis bona , non ad aliena spectat *l. 1. d. t.* Insuper Paulus etiam usucapionem sub alienatione comprehendit *l. 28. D. de verb. signif.* & vere : non inchoata usucapione , antequam fundus constitueretur dotalis : enimvero coeptam , antequam dotalis fieret , Lege Julia non interpellari , docet Tryphoninus *l. 16. D. h. t.* & clare , quatenus ad præsentem quæstionem. nam quod initio loci dicit , mulierem marito ex causa dotis tradere fundum quem Titius possidebat & usucapiebat , id est , cum non esset ejus vacua possessio : item , quod ibidem scribit , virum neglexisse , fundum petere , cum id facere posset , id est , virum potuisse vindicare fundum cujus non erat dominus : est quidem obscurum , & dignum extricari ; sed est extra propositam materiam , & explicitum antehac a D. Vinnio ad §. 40. *Inst. de rer. divis. n. 3.* quare dabo eruditæ diligentiz Viri illius Clarissimi , ut ei adquiescam.

Fere exciderat mihi , quod ignorari non debeat , Legem Juliam , et si simpliciter veter alienationem quam maritus faciat , invita uxore : non aliam impedire , quam a mariti voluntate proficiscentem : illam vero quæ non sponte mariti sit , sed originem juris habet necessariam , denique sit ex auctoritate Magi-

stratum, morari nullam. sic in plerisque alienationibus jure interdictis custodiri, alibi est animadvertere *l. 3. §. 1. & seqq. D. de reb. eor. qui sub tutel. & l. 13. D. Famil. ercisc.* in praesentia autem observat Paulus *l. 1. D. h. t.* in causa damni infecti, si ob id quod maritus non cavebat, vicinus ex primo decreto sit nullus in possessionem dotalis praedii, & post deinde ex secundo jussus possidere: non est dubium, quin hoc casu fiat alienatio dotalis fundi: liquidem vicinus sic fit ejus dominus: id est, possessor & tandem usucapione dominus. sed nihilominus hic cessare Legem Juliam, Paulus existimat, subiecta hac causa: quia alienatio non est voluntaria. Similiter fuit quaesitum, si communis fundus sit in dotem datus; an actione communi dividundo possit agi ad divisionem communis fundi: manifesto, per divisionem aliquo modo fieri venditionem *l. 1. C. Commun. utr. judic.* Sed est hic deventum; ut putetur interesse, uter provocet ad divisionem, maritus, an socius? hoc casu necessaria, illo voluntaria alienatio censetur. altero igitur divisionem impedit Lex Julia, altero non impedit *l. 2. C. h. t.* sed late & plene ea de re *l. 78. §. 4. D. de jur. dot.* Caeterum Paulus *d. l. 1. §. 1. b. t.* ait, & per universitatem transire praedium, se-

cundum quod possibile est, ad alterum: veluti ad mariti heredem. idque in *l. 62. D. de adq. rer. dom.* observat, etiam alibi contingere. plane in *§. 1. d. l. 1.* cum ad heredem transit praedium, notat cum suo jure transire, ut alienari non possit. Similiter si maritus fuerit in servitutem, puta privaram, redactus; (quo casu solvi matrimonium suo loco dicitur) & ad servi dominum tranierit fundus dotalis: potest quari, an possit hic dominus alienare dotalem fundum? Ulpianus *l. 2. b. t.* verius putat, non posse: eaque ratione mox addit *§. 1.* & si ad fiscum pervenerit, nihilominus venditionem fundi impediri, quamvis fiscus semper idoneus successor sit, & solvendo.

Satis de alienatione dotalis fundi. de pignoratione videamus. Lex enim Julia, praeter alienationem, etiam obligationem vetat: cum hoc tamen discrimine; quod illam prohibet, tantum invita muliere, hanc etiam, consentiente. Verum Imp. Justinianus, quo plenius subveniret fragilitati sexus muliebris, quod Lex Julia de obligatione statuit, ad alienationem porrexit. ita neque invita, neque volente, uxore hodie aut obligari aut alienari a marito fundus dotalis potest.

LIBER VIGESIMVSQVARTVS.

TITULUS I

De donationibus inter virum & uxorem.



Dote quam appellavi speciem impropriae donationis, separanda hoc Titulo sunt donationes verae: nam illa, ut vidimus, inter virum & uxorem tam post, quam ante matrimonium optimo jure constituitur: haec deinde inter eos fieri nequeunt: Ulpiano *l. 1. §. 1. 3. juncta l. 32. b. t.* auctore, moribus apud nos receptum esse, ne inter virum & uxorem donationes valerent: eosque mores fuisse Oratione Imperatoris Antonini in Senatu habita confirmatos Fulvio Aemiliano & Nummio Albino Consulibus, paulo ante excessum Severi D. Patris sui. si vere, ut fas est credere, recitata fuit communi utriusque nomine: satis explorato, patrem, quamdiu vixit, se Principatu nunquam abdicasse: licet hunc cum filio communicaverit, rem vides & inventam rationem, cur ea Oratio modo Antonino adscribatur *d. l. 3. D. h. t.* modo Severo *l. 10. C. d. t.* modo utrique *l. 3. C. d. t.* ac ne cui hoc novum videatur, ei licebit consulere scripta a me supra sub Titulo, *De offic. Praefect. Urbi*: ubi annotavi similia. proxime quoque sub Titulo *De ritu nuptiarum* observavi aliquid ex *l. 67. §. 3. juncta Inscriptione l. 60. ibidem.* Illud prope supervacuum fuerit moneri, hanc Orationem in *d. l. 3.* vocari Constitutionem generali appellatione Placiti Principalis: item alibi Senatus Decretum *l. 32. §. 24. D. h. t.* & Senatusconsultum *l. 1. §. 3. D. de dot. preleg.* solitis Principum Orationibus confirmari Decreto Senatus: ut notum; & in praesentia factum fuisse, apparet ex *d. l. 32.*

Sequens fuerit inquisitio, atque ipsa non levis momenti; qua ratione Veteres noluerint, donationes inter virum & uxorem fieri; cum possit durum atque inhumanum putari, inter eos impediri liberalitatem, inter quos necessaria & laudabilis sit benignitas. Fuisse tamen hoc summa utilitate receptum, Ulpianus *l. 1. D. h. t.* existimat: causatus, fuisse providendum, ne mutuo amore invicem spoliarentur,

donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate. Ad hanc rationem accedit altera Pauli *l. 2.* fuisse cavendum; ut esset eis studium liberos potius educendi. Sic habent manuscripti libri: quomodo etiam *educere* pro *educare* dicitur *l. 28. §. 1. D. h. t.* Sextus Caecilius invenit & tertiam rationem: quae est, quod saepe futurum esset, ut discernerentur matrimonia, si non donaret is qui posset, atque ita eveniturum, ut venalicia essent matrimonia. Hanc rationem ex Sexto Caecilio servavit nobis Paulus *d. l. 2.* atque ipsam Oratione Imperatoris Antonini esse detectam, memorat in *l. 3.* Ulpianus: sic scribens: *Majores nostri inter virum & uxorem donationes prohibuerunt, amorem honestum solis animis estimantes, fama etiam conjunctorum consulentes, ne concordia pretio conciliari videretur, neve melior in paupertatem incideret, deterior durior fieret.* Videamus nunc, inter quos prohibita Oratione sint donationes. Illa nominat virum & uxorem: *Majores*, inquit, *nostri inter virum & uxorem donationes prohibuerunt.* Sunt autem vir & uxor inter quos contractae sunt nuptiae sive matrimonium solenniter jure civili, aut consensu jure gentium. Ante sponsus & sponsa appellantur: de quibus nihil Oratio. Inde Modestinus *l. 27. D. h. t.* Inter eos, inquit, qui matrimonio contracti sunt, ante nuptias donatio facta jure consistit. & addit, ita jus esse; *et si eodem die fuerint contracta.* Proinde ille sit de donatione, quam aliquando vir uxori fecerit, aut contra uxor viro: una est deliberatio, utrum sponso facta sit a sponsa, an uxori a marito, & vice versa. qua in parte saepe fuit dubitatum, nuptis eodem die celebratis: sive quod sponsa, cum donatio fieret, nondum esset deducta in domum viri: sive quod tabulae nuptiales nondum essent signatae. creditum autem fuit interesse, quid ageretur: utrum ut nudo consensu constaret matrimonium: an placeret, nuptias solemniter fieri. summa tamen hic reddit: utrum jam, cum donatio fieret, perfectum fuerit matrimonium, perfectaeve nuptiae. ita utraque in specie Scævola *l. 66. pr. & §. 1. D. h. t.* magis de jure.

jure, quam de facto, respondere solitus. In dubio vero servandum quod in *l. 6. C. de donat. ant. nupt.* Aurelianus Donatæ cuidam sic rescribit: *Cum in te simplicem donationem dicas factam esse die nuptiarum, & in ambiguum possit venire, utrum a sponso, an a marito donatum sit, sic distinguendum est, ut si in tua domo donum acceptum est, ante nuptias videatur facta donatio: quod si penes se dedit sponsus, retrahi possit: uxor enim fuit.* Occurrit hic & alia inspectio *l. 5. D. h. t.* quæ sequitur: sponsus sponsæ donaturus, tradidit Titio, ut is sponsæ daret. deinde Titius tradidit post nuptias secutas. De jure quæritur? Ulpianus ait, siquidem eum interposuerit maritus, non valere donationem quæ post contractas nuptias perficiatur: si vero mulier eum interposuerit, jam dudum perfectam donationem, hoc est, ante nuptias; atque ideo, quamvis contractis nuptiis Titius tradiderit, donationem valere.

Apparet igitur, donationem post matrimonium prohiberi: ideoque esse contractum oportere secundum legum præcepta: nam tum demum vir & uxor appellantur. quod si intervenierit impedimentum, ne sit omnino matrimonium: Ulpianus *l. 3. D. h. t.* putat, donationem valere subtili jure, quasi non sit facta inter virum & uxorem: inter quos Oratione prohibetur. Nec tamen opinor, hoc ab Ulpiano de omni dici impedimento: nam incestis ac nefariis nuptiis, an irrita sit donatio, dubitare vix potuit: qui non ignoravit, hujusmodi nuptias dissolvi, & deportatione, omniumque bonorum publicatione coerceri. Igitur oportet eum accipi de impedimento matrimonii quod solo constet civili jure. exemplum sit hoc Ulpiani; si Senatoris filia libertino contra Senatufconsultum nupserit, vel provincialis mulier ei qui ibi meret, contra Mandata: nam tum, inquit, valebit donatio, quia nuptiæ non sunt. Vides juris subtilitatem. sed quam refutat Ulpianus, argumento ducto ab absurdo, quod est plurimi in jure usus adversus vanitatem subtilitatis parum utilis: ut in *l. 36. §. 3. D. de petit. hered. l. 13. D. de noxal. act. & alibi.* In præsentia certe Ulpianus, *Fas, inquit, non est, eas donationes ratas esse, ne melior sit eorum conditio qui deliquerunt.* Sic Ulpianus, addo: Alexander *l. 7. C. h. t.* Verba Alexandri. *Si ex voluntate patris tui filio tutoris nupta es, collata in maritum donatio ipso jure irrita est. sed si matrimonium jure non valuit, licet ipso jure donatio tenuerit; quia tamen indigna persona ejus fuit, qui nec maritus potest dici; utiles actiones super revocandis his tibi competunt.*

Superiori quæstioni affinis est sequens; an Oratio, donationem prohibens inter virum & uxorem, inter concubinos quoque obtineat? erat dubitatio: quod concubinatus matrimonium imitatur; nec est legibus vetitus: imo per leges accepit nomen. Sed placuit, stari intra angustiam verborum, viri & uxoris. Papinianum audi: sic scribit *l. 31. D. de donat.* *Donationes in concubinas collatas non posse revocari convenit.* Papinianus indicat, fuisse in Fori disputatione quæsitum, an donationes in concubinas collatæ, per Orationem valerent: sed uno ore respondisse Prudentes, valere: puto, quod Oratio locuta fuit de uxoribus: de concubinis non fuit. Addit Papinianus, *Nec si matrimonium inter eosdem postea fuerit contractum, ad irritum recidere.* Videlicet, quia sufficit, donationem, quo tempore fiebat, non a viro esse collatam in uxorem: & multa subsistunt, etsi incidant in casum, unde non potuerunt incipere. Igitur si quæ talis incidat quæstio; unum perpendi suadet Papinianus, *an maritalis honor & affectio pridem præcesserit:* id est, an concubinatus pridem sit in matrimonium conversus: aut palam confectis tabulis nuptialibus, si quidem impares sint personæ: aut etiam tacite personis comparatis, & vitæ conjunctione considerata: quando consensus quo matrimonium inter pares perficitur, non minus tacite fit, quam palam; & tabulæ nuptiales ad probationem proficiunt, ad substantiam matrimonii non desiderantur.

Sic Papianus. & ei assensit Ulpianus *l. 3. §. 1. D. h. t.* confirmans, D. Severum secundum hæc rescripsisse in liberta Pontii Paulini Senatoris: quod non erat affectione uxoris habita, sed magis concubinæ. Plane Antoninus *l. 2. C. b. t. a* concubina excipit militum focarias: negans, disciplinam pari, suos milites ab illis spoliari fictis blanditiis. Focariam autem Adrianus Turnebus *lib. 8. Advers. c. 9.* interpretatur quæ focum colit, & est culinaria.

Prohibet igitur Oratio, quatenus ad verba attinet, donationem inter virum & uxorem: sed longius ivit interpretatio: quasi Orationis mente etiam ad hos qui in ejusdem potestate sunt, perringente. id vidit Ulpianus *d. l. 3. §. 2.* sic scribens: *Qui in ejusdem potestate sunt, prohibentur sibi donare.* & pro exemplo subjicit: *ut puta frater mariti, qui est in socii potestate.* Causa interpretationis hæc videtur: quod qui in alterius potestate est, idem habetur illi: ac proinde si alteri donaretur, cum prohibitum esset donari alteri: nihil quidem fieret contra verba Orationis: sed fraus fieret ejus sententiæ: donationis lucro aut commodo, quod nolebat Oratio, utique perventuro ad alterum, aut qui idem ei habeatur. Ulpianus *§. 4.* addit; quod secundum hæc, si mater donet filio qui in patris potestate sit, nullius momenti erit donatio: & hanc adjicit rationem; quod patri quæritur: nisi si in castra eunti dederit: tum enim, inquit, videtur valere donatio: quia filio quæritur, & est castrensis peculii. Eadem ratione ait, & si filius, vel privignus, vel quivis alius, potestati subiectus, de castrensi suo peculio donavit, non esse irritam donationem. Porro prohibetur & uxori & nurui donare etiam is qui est in socii potestate *§. 5. d. l. 4.* Hæc a patre mariti. ab uxoris vero nurusve parte ait, prohibitum esse donari viro vel genero. hoc plus addit *§. 5.* quod si fuerit donatum his qui sunt in eorum potestate, vel quorum sunt in potestate; non valebit donatio, si modo vir & socer sunt in ejusdem potestate, vel vir in socii. cæterum, si in alia familiâ est maritus, neque socero, neque ei qui est in ejus potestate, neque ei in cujus est, donatione interdictum est *§. 6.* Similiter socru a nuru, vel contra, donari non est prohibitum, quia hic jus potestatis non vertitur *d. l. 3. §. 7.* Prohibita igitur est donatio inter virum & uxorem; si verba Orationis spectamus: sin mentem; etiam inter eos qui in ejusdem potestate sunt. Verbum autem potestatis Ulpianus *d. l. 3. §. 3.* non solum ad liberos trahi ait, verum etiam ad servos: nam magis esse, ut hi qui aliquo jure subiecti sunt marito, donare non possint. Plus observavit Ulpianus *l. 3. §. 9. D. h. t.* verbis sequentibus: *Non tantum autem per se maritus & uxor cæteraque persone dare non possunt.* Sic extat Florentiæ & apud Haloandrum: sed aliquid deest pleno sensui: quod in aliis editionibus ita suppletur: *Non tantum autem per se maritus & uxor, cæteraque persone dare non possunt, sed nec per interpositam personam.* Sane non male. nec tamen ausim, omnino negare, lectionem Haloandrinam & Florentinam esse ipsius Ulpiani: bene gnarus, hujusmodi locutiones ut ut absurdas, Veteribus non esse insolitas. notavi tales *lib. sing. Ad Edict. De pactis & transactionibus. c. 22.* item supra sub Titulo, *De minoribus, & De ritu nuptiarum, & alibi.* Quidquid est, constat, maritum & uxorem cæterasque personas neque per se dare, nec per interpositam personam. & sunt exempla pulchra ac clara satis in *d. l. 3. §. 12. & 13.* nec opus interpretatione. potius generaliter tenendum, (cum Ulpiano *l. 5. §. 2. D. h. t.*) quod inter ipsos, aut qui ad eos pertinent, aut interpositas personas donationis causa agatur, non valere. quod si aliarum extrinsecus rerum personarumve causa commixta sit; si separari non potest, nec donationem impediri: si separari possit, cætera valere; id quod donatum sit, non valere.

Paris fuerit utilitatis, admonere, quod Oratio de viro & uxore loquens, credita fuit hac fuisse mente: ut inter eos prohiberet donationes demum in casum constan-

stantis matrimonii : at in casum soluti non prohiberetur. nam priore casu sunt vir & uxor, inter quos opus fuit providentia prohibita donationis : posteriore non sunt ; ideoque consimili providentia inter eos opus non fuit. nescio, an hoc indigetur Ulpianus l. 9. §. ult. D. h. t. ab hac causa confessus, quantum con-
jicio, quod inter virum & uxorem mortis causa donationes receptae sunt : id est, interpretatione Jurisconsultorum sunt receptae ex mente Orationis : videlicet, quia (in l. 10. sic commodè subjicit Gajus) in hoc tempus excurrit quo vir & uxor esse desinunt. At nil opus argumento ; palam huc eunte Ulpiano l. 32. §. 16. h. t. atque ex auctoritate Papiniani : ut in loco dicitur. Interim (sic pergit Ulpianus l. 11.) res non statim fiunt ejus, sed tunc demum, cum mors intersecuta est. addit ; quod medio igitur tempore demum remanet apud eum qui donavit. Vel hoc recte, & potestate Orationis, donationes inter virum & uxorem improbantur : inter alias certe personas inter quas licita est donatio, non est ita : quin potest inter has dominium statim transire : nisi sic fiat mortis causa donatio ; ut dominium demum morte donatoris transferatur l. 2. D. de mort. caus. donat.

Eadem ratione placuit, inter virum & uxorem valere donationem divortii causa factam l. 11. §. ult. D. h. t. nam vel sic desinunt esse tales. maxime autem usum talis donatio invenit in divortio bona gratia l. 60. §. 1. & seqq. D. d. t. atque in hac quoque tum demum ; si fiat sub ipso divortii tempore : non ex cogitatione quandoque futuri divortii l. 12. D. d. t. Et tamen vel sic, morte secuta putat Ulpianus l. 13. non videri factas res mulieris : quia donatio facta est in alium casum.

Præter hæc ait Paulus l. 43. D. d. t. etiam posse inter virum & uxorem donationem fieri exilii causa : & quidem quemadmodum in causam divortii : hoc notat Ulpianus d. l. 13. §. 1. procul dubio significans eam donationem solum valere, si fiat sub ipsum exilii tempus : quia sic demum valet donatio divortii causa. Alicui videatur tale jus esse subnixum humanitate & fide conjugibus semper honesta & decora : nec ipse hanc rationem omnino improbo. malim tamen id petere inde, quod deportatione, sive exilio conjugis nuptiae subtilitate juris solvuntur, tamquam inter personas impares connubio juris subtilitate sublato : licet mulieri eo casu permittatur, si velit, animum uxoris retinere jure gentium.

Utilis & apta Orationi fuit superior Veterum observatio : sed non minus apta erit sequens Neratii apud Paulum l. 26. §. 1. D. h. t. Ex quibus causis inter virum & uxorem concessae sunt donationes, ex iisdem & inter locerum, & generum, nurumve concessas esse. Quid inde ? ipse Paulus, Ergo, inquit, foveri genero mortis causa vel divortii donabit : sed & generi focero mortis suae vel divortii causa.

Sequens locus est, quidnam inter virum & uxorem Oratione prohibeatur. ait : *Majores nostri inter virum & uxorem donationes prohibuerunt.* Oratione nominat donationes. alia negotia non nominat. Licita igitur inter virum & uxorem erit emptio venditio, verbi gratia : quia non est prohibita : nec retractabitur facta bona fide. quod si palam actum sit, ut esset emptio venditio ; exitus autem ad donationem spectet, tum etsi nihil factum sit contra verba Orationis, tamen quaesito colore circumventa est mens ejus, proinde non valet emptio venditio quæ est imaginaria : eoque detracto, re vera donatio contra Orationem facta. Ita fere Ulpianus l. 7. §. 6. D. h. t. & ante eum Julianus : sed (quod idem observat Ulpianus ex sententia Neratii & Pomponii l. 5. §. 5. D. h. t.) cum aliquo accipiendus temperamento : ait enim, venditionem inter virum & uxorem factam donationis causa, nullius esse momenti : si modo maritus, cum non haberet animum vendendi, venditionem idcirco commentus sit, ut donaret. enimvero si cum animum vendendi haberet, ex pretio ei remisit, venditionem quidem valere, remissionem autem hæte-

nus non valere, quatenus facta est locupletior. itaque addit, si res quindecim venit quinque, nunc autem sit decem, quinque tantum præstanda esse : quia in hoc locupletior videtur facta. Sic Ulpianus, atque ex sententia Neratii, atque a Pomponio, ut puto l. 31. §. 3. & 4. D. h. t. Locus is quia est obscurior, obiter explicandus : cum ex eo etiam appareat ratio superioris distinctionis. Ecce : duo vendita sunt mancipia unis quinque, cum singula essent quinque digna. ea æstimatio inter virum & uxorem facta donationis causa. certum est, hujusmodi donationem Oratione improbari, sed quatenus, quaeritur ? finis loci indicat, referre ex sententia Pomponii ; utrum, cum animus vendendi non esset, idcirco facta sit venditio, ut sub ea lateret donatio ; an cum principaliter cogitaretur venditio, solum actum fuerit, ut ea minoris fieret. priore casu putat Pomponius, venditionem totam nullius esse momenti : quia principaliter actum est, ut donetur, idque ad se trahit quod ei est consequens. posteriore putat, eam valere : & causatur, non esse tum spectandum, quanti mancipia sint, sed quantum ex pretio sit donationis causa remissum. itaque melius dici, ea pro portione esse communia. nempe, quia principalis contrahendi causa fuit venditio, & sine dubio licet a viro & uxore emere, si non sit donandi animus. Valet igitur venditio, quatenus est talis : sed quatenus inest ei donatio, non valet. Inde infert §. 4. Si vir uxori vel contra quid vendiderit vero pretio, & donationis causa paciscantur, Ne quid venditor ob eam rem præstet : verius esse, valere venditionem, sed dumtaxat pactum esse irritum : quia id solum ad donationem spectat, non etiam venditio principaliter celebrata. Idem §. 5. dicimus, inquit, Si donationis causa pacti sint, Ne fugitivum aut erronem præstent ; nam integras esse Aedilitias actiones & ex empto : quia in his sola apparet donatio Oratione verita.

Hactenus liquet, donationem inter virum & uxorem Oratione prohiberi. nondum, quid illa appellatione intelligatur. Hanc vero curam suam esse voluit Julianus l. 1. D. de donationib. Sic mihi persuadeo argumento Inscriptionis præferentis Juliani librum xvii. Digestorum : in quo cum ad Orationem scripsisse didici ex Ulpiano l. 3. §. ult. & ipso Juliano l. 5. D. h. t. Res claresceret ; si integrum Juliani Commentarium haberemus : nunc, ut in Fragmentis, conjectura agam, sed probabiliter. Igitur ut finiret Julianus, quam Oratio designet donationem, Veterum more (quo de egi lib. sing. Ad Edict. De pact. & transact. c. 6.) attulit complures donationum formas : *Donationes, inquit, complures sunt. dat aliquis ea mente, ut statim velit accipientis fieri nec ullo casu ad se reverti ; & propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem & munificentiam exerceat : hac proprie donatio appellatur. Dat aliquis, ut tunc demum accipientis fiat, cum aliquid sequutum fuerit : non proprie donatio appellabitur, sed totum hoc donatio sub conditione est. Item, cum quis ea mente dat, ut statim quidem faciat accipientis, si tamen aliquid factum fuerit, aut non fuerit, velit ad se reverti : non proprie donatio dicitur : sed totum hoc donatio est quæ sub conditione solvatur : qualis est mortis causa donatio.* Hæc Julianus in expositione Orationis, quid proprie, quid improprie, sit donatio, definiens : non aequè, quam Oratio exandiat. Mihi tamen crede, voluisse, donationis appellatione in Oratione venire liberalitatem veram & propriam : improprias non venire. Quæris argumentum ? Ecce egregium : quod ipse eodem libro xvii mortis causa donationem quæ est impropria, ab Orationis prohibitione excipit l. 11. §. 1. D. h. t. idemque circa donationem divortii causa observasse, accipio ex Ulpiano d. l. 11. §. 10. & 11. Simili ratione video a Marciano l. 214. D. de verb. signif. donum a munere distingui. Munus enim dici proprie, quod necessarie obimus lege, more, imperiove ejus qui jubendi habet potestatem. Dona autem proprie esse quæ nulla necessitate juris, officii, sed sponte, præ-

præstantur : quæ si non præstentur , nullam esse reprehensionem ; & , si præstentur , plerumque laudem inesse. Munus igitur est donatio cum causa : ut puta , natalicium , nuptialicium *l. 194. D. h. t.* quale Oratione non prohiberi , auctor est Pomponius *l. 31. §. 8. D. h. t.* Idemque esse ait , si vir uxori Kalendis Martiis dedisset. Dies Kalendarum Martii erat festus matronis. eo illis dabantur ab amicis munera solemnia : de quibus Budæus *p. 380.* & allegati infra sub Titulo , *De admin. tutor.* Brissonus & Rævardus. Hoc exemplo fuit marito licitum , uxori dare huiusmodi munus : quia donatio Oratione prohibetur ; munus non prohibetur. Excipit Pomponius , *Nisi forte immodicum sit* : arbitratus , illo prætextu donum fieri in fraudem Orationis : ut est jam dudum observatum a Brummiero , *Comm. ad Leg. Cinc. c. 2.* Cujacio *lib. 6. Observ. c. 18.*

Prohibet igitur Oratio inter virum & uxorem donationes veras ac proprias : & quidem omnes , si serviamus verbis late parentibus : sed amplitudinem coarctavit usus , severitatem nimiam aliqua molliens humanitate , non invita Oratione : credentibus Veteribus , illi non fuisse propositum , damnare aut tollere conjugalem benignitatem : sed cavere , ne eo prætextu abutentibus , (ipsa adfero Orationis verba) *melior in paupertatem incidere , deterior ditior fieret.* Sint igitur infinita priora Orationis verba : at sequentia evincunt , ejus mentem fuisse , solam prohibere donationem quæ donantem pauperiorem , & accipientem ditio- rem faciat. proinde si quæ donatio donantem faciat pauperiorem , accipientem vero non faciat locupletio- rem , aut contra : nihil improbat , cessante ratione prohibitionis. Ne res sine exemplo esset , Ulpianus *l. 5. §. 8. D. h. t.* sepulturæ , inquit , locum marito ab uxore , vel contra , posse donari constat. & si quidem intulerit , faciet locum religiosum. Ne quoque obscura esset ratio concessi juris : causatur , hoc venire ex eo quod solet definiri , eam demum impediri donationem quæ donantem pauperiorem , & accipientem locupletio- rem facit. Porro non videri locupletio- rem fieri ea in re , quam religioni dicavit ; cum sit nullus. Atqui emerit , nisi a marito accepisset. Sed Ulpianus nolens hoc moveri quemquam , contra ait , uxorem , etsi pauperior fieret , nisi maritus dedisset , non tamen idcirco fieri locupletio- rem , quod non expendit. Plus ait Ulpianus *§. 9. d. l. 5.* hanc rem & illud suadere , si maritus uxori sepulturæ causa donaverit , locum ita demum mulieris fieri , cum corpus humatur : cæterum , antequam fiat religiosus , donantis manere : proinde si distraxerit mulier , locum donatoris manere. Similiter ait *§. 10.* secundum hæc , si maritus uxori suæ donaverit monumentum purum magni pretii , valere donationem : sic tamen ; ut valeat , cum sit religiosum. Addit *§. 11.* etsi ipsa fuerit illo illata , favorabiliter tamen dici , locum religiosum fieri. Ait , *favorabiliter.* Recte : quia stricto Jure non convalescit donatio , muliere defuncta , adhuc vivo marito qui donavit *l. 18. C. h. t.* Pergit : Proinde , & si maritus ad oblationem Dei uxori donavit , vel locum in quo opus publicum quod promiserat facere , vel ut ædem publicam dedicaret ; fieri locum sacrum. sed & si quid ei det , ut donum Deo detur , vel consecratur , dubium non esse , quin debeat valere. quare & si oleum pro ea in æde sacra posuerit , valere donationem *d. l. 5. §. 12.* Superioribus exemplis jungam sequens ex *l. 22. C. h. t.* *Maritus manu missionis causa servum mulieri , constante matrimonio , donare potest.* Rationem hujus exempli esse eandem superiori , censet Paulus *lib. 2. Sentent. tit. 23. §. 1.* quamvis causatur quoque favorem liber- tatis : sed ut videatur priorem malle. Similiter si apiscendæ dignitatis gratia ab uxore quid in maritum est collatum , eatenus ratum esse , quatenus dignitati supplendæ opus est , Ulpianus auctor est *l. 40. D. d. t.* Gajus *l. 42.* dicit , hanc donationem fieri honoris causa , & receptam esse nuper ex indulgentia Principis Antonini. exemplum Gajo ; si uxor viro donet

laticlavii petendi gratia , vel ut equestris ordinis fiat. Quid sit clavus latus , & angustus , alter Senatoria , alter equestris , dignitatis insignis , optime describit Albertus Rubenius *lib. 1. De re vestiaria* , & Jacobus Cujacius *lib. 12. Observ. c. 39.* Commode autem observat Rubenius *c. 14.* vestem laticlaviam etsi proprie sit Senatoria , tamen Principum indulgentia etiam concedi Equestribus , præsertim splendidis , & justum censum habentibus : atque hoc innuere Ulpianum in *d. l. 40.* cum dicit , *quod uxor in maritum confert apiscendæ dignitatis gratia , eatenus ratum esse , quatenus supplendæ dignitati opus est.* Eodem spectat hoc Licinii Rufini *41. Nam & Imp. Antoninus constituit , ut ad processus viri uxor ei donare possit.* Rem attingit Jacobus Rævardus *lib. 2. Conjectan. c. 9.* Non alium in finem ait Gajus *d. l. 42.* posse & ludorum gratia donationem fieri : id est , in sumptum ludorum quos initio Magistratus populo exhibiturus sit maritus. qua de re idem Rævardus *lib. 1. Conjectan. c. 6.* Aliquis dicit , uxorem in omnibus hisce casibus donatione fieri pauperiorem. Nec hoc negari debet. Sed Orationi sufficit , maritum idcirco non fieri locupletio- rem : usque adeo , ut in *l. 21. C. h. t.* placeat , Diocletiano & Maximiano , mulierem , si quam pecuniam pro marito erogaverit in ejus dignitatem , eam licet mutuum acceperit , a marito non posse repetere. Ab eodem fonte est hoc Ulpiani *l. 17. D. h. t.* *Marcellus lib. 7. Digestorum querit , Si mulier acceptam a marito pecuniam in sportulas pro cognato suo Ordini erogaverit an donatio valeat ? Et ait , valere : nec videri locupletio- rem mulierem factam , quamvis mutuum pecuniam esset acceptura , & pro ad sine erogatura.* Quæ hic sint sportulæ Ordini pro cognato erogata a muliere , accipe a Budæo *V. Cl. Annot. in Pandect. pag. 379.* & seq. dicente , sportulas esse honorarium decurionatus , pro introitu in bulen a Decurionibus dari solitum. quod probo , & apparet ex Plinio *lib. 10. Epist. 48.* & alibi , etiam ex Papiniano *l. 5. §. 1. D. de Decurionib.* Aliud exemplum in *l. 7. §. 1. D. h. t.* verba : *Si maritus pecuniam uxori in unguenta dederit , eaque eam (pecuniam) creditori suo solverit , mox ea de sua pecunia unguenta emerit : non videri locupletio- rem factam , Marcellus lib. 7. Digestorum scribit. Idemque & si lancem ob eandem causam ei dederit , eaque lancem retinuerit , de sua autem pecunia unguenta emerit , vindicationem cessare. quia non est locupletior quæ tantundem in re mortua impendit.* Budæus *p. 325.* ait , unguenta proprie vocari quæ sunt voluptaria , & ad suaveolentiam & delicias inventa. ea unguenta Ulpianus dicit rem mortuam , cum vult dicere inutilem & tantum spectantem ad perditionem : ut erudite observat Jacobus Cujacius *lib. 9. Observ. c. 30.* De cætero poterit res confirmari sequente Pauli loco ex *l. 28. §. 6. D. d. t.* *Si , antequam a viro annum acciperet mulier , ipsa de suo , aut etiam mutuata impenderit : videri tantum jam ex annuo consumptum.* Injecta a Paulo mentio annui non finit , me filere , vel ejus dationem Oratione prohiberi : nam hanc speciem donationis esse , Julianus scribit *l. 22. D. de pact. dotal.* puto , si sit immodicum : nam hoc casu posse donationem , tamquam inutilem , revocari , Ulpianus censet *l. 15. D. h. t.* *Ex annuo vel menstruo* , inquit , *quod uxori maritus præstat , tunc quod superest , revocabitur , si satis immodicum est.* nempe , ne hoc prætextu maritus fiat pauperior ; & uxor ditior. Immodicum autem esse dicit , *si sit supra vires dotis.*

Ab annui & menstrui donatione transit Ulpianus ad usuras *d. l. 15. §. 1.* & sunt verba : *Si maritus uxori pecuniam donaverit , eaque usuras ex donata pecunia perceperit : lucrabitur. Hac ita Julianus in marito lib. 18. Digestorum scribit.* Ulpianus non querit de donata pecunia ; (certo , maritum tali donatione fieri pauperiorem , & uxorem ditio- rem : quod non vult Oratio) sed de usuris , ex donata pecunia perceptis. docet vero , has cedere uxoris lucro : ut videtur , quia uxor hoc incremento quidem fit locupletior ;

tior; at maritus non fit pauperior. Itane? usura numquam fuit pars donatæ pecuniæ; nec est ex ea nata: quin venit ex alia causa, id est, ex nova obligatione: ut pulchre Pomponius *l. 125. D. de verb. oblig.* recte igitur cedit uxoris lucro, tamquam profecta ab ejus industria, & sine hac nulla futura, ne apud maritum quidem, non facta donatione. Inde quæsitum ulterius apud Tryphoninum *l. 16. h. t.* quid juris sit; Si ex centum quæ vir uxori donavit, quinquaginta perierint, & alia quinquaginta duplicata ex usuris uxor habet? poterat alicui videri, quinquaginta quæ mulieri perierint per inopiam debitoris, ab ea marito esse supplenda ex perceptis usuris: nam sic obtineri, ne illa sit locupletior, & ille pauperior. Sed contra Tryphoninus; *Non plus quinquaginta ejus donationis nomine maritus consequetur.* Tryphoninus vult, uturas a muliere perceptas ex donata pecunia, apud eam remanere integras: ut ut centum a marito accepit donationis nomine. Videlicet, quia usura ei non sponte obvenire ex corpore donatæ pecuniæ, sed diligentia stipulationis propriæ; ideoque ipsa quidem sit ex usuris locupletior; sed maritus propterea non est pauperior. nil enim ei decedit: & si retinisset pecuniam nulla facta donatione; nec esset simili usus industria, non habuisset uturas. Tamen mulier accepit centum, & tantum restituit quinquaginta, quantumvis improbata donatione. Sit ita: sed quinquaginta quæ perierunt, marito perierunt, tamquam domino: mulieri non perierunt, quæ neque domina fuit donatione facta, neque his litis contestatæ tempore locupletior apparet.

Tenori *d. l. 15.* jungenda est *l. 17.* ut cohæserunt olim. in ea sic scribit Ulpianus: *De fructibus quoque videamus, si ex fructibus pradiorum quæ donata sunt, locupletata sit, an in causam donationis cadant? Et Julianus significat, fructus quoque, ut uturas, licitam habere donationem.* Non est quæstio de fructibus uxori a marito principaliter donati, ne putes, quemadmodum enim valeat inter eos donatio: qua donans palam fiat pauperior, & accipiens locupletior? illud quæritur, quid juris sit: si uxori donata a marito sint prædia; & ex his percepti ab ea fructus. Hoc vero casu visum Juliano esse, Ulpianus ait, fructus licitam habere donationem: &, quod notandum, ut usurarum. sic enim locutus videtur Julianus; eaque adjectione significasse, uxoris lucro cedere fructus solos industriales, non etiam naturales: quia soli industriales habent imaginem usurarum, non a natura, sed ab industria, venientium. consequenter si fructus naturales lucraretur mulier, ipsa fieret locupletior; maritus contra pauperior: quod in industrialibus non est ita. sane naturales quos natura sponte producit sine hominis facto, etiam nati essent, si prædium apud maritum mansisset, nulla facta donatione: industriales non utique; quippe qui non sponte nascuntur, solius naturæ beneficio, sed demum humana opera & diligentia proveniunt. atque ita clare Pomponius *l. 45. D. de usuris.* Plane ait Ulpianus *d. l. 17. §. 1. h. t.* si quid servus donatus adquisiit, ad eum qui donavit, pertinere. hac forte ratione, quod servi operæ non minus fuissent, etsi donatus non fuisset: licet alioquin pro ejus fructu habeantur. Ab eodem fonte procedit, quod in *§. ult. l. 21. D. h. t.* sic scribit Ulpianus: Si uxor viro dotem promiserit, & dotis uturas: sine dubio dicendum est, peti uturas posse: præfatus, non esse istam donationem, cum pro oneribus matrimonii petantur. Quid si maritus uxori remiserit petitionem earum? Ulpiano eadem videtur quæstio, an donatio sit illicita. ait vero, hoc dicturum Julianum, & esse verum. plane, si convenerat, uti se mulier pasceret, suosque homines, (id est, servos) idcirco passus est, eam dote sua frui, ut se suosque aleret, hoc fore putat expeditum: non enim posse ab ea peti, quali donatum, quod compensatum est.

Satis, ut opinor, demonstratum est, inter virum & uxorem prohiberi donationem veram & pro-

priam: quamquam non omnem; sed eam quæ donantem pauperiorem, & accipientem locupletiore, facit. restat, quando donans intelligatur pauperior fieri: utrum tum tantum, cum de patrimonio suo quid dimittit: an tum quoque, cum non acquirit. prius affirmat Ulpianus, posterius negat *l. 5. §. 13. D. h. t.* sequente usus exemplo: Maritus ab aliquo heres institutus, uxore substituta, aut herede ab intestato futura: repudiat hereditatem sibi testamento delatam: hoc consilio; ut uxor vel ex substitutione, vel ex lege fiat heres. non est dubium, factam inter virum & uxorem esse donationem: hereditatis commodo ad mulierem perveniente: quod absque repudiatione foret, ad eam non venisset. Illud quæritur, an valeat donatio? Ulpianus ait, Atqui mulier, adquisita hereditate vel ex lege, vel ex substitutione, facta est locupletior. Non ignorat hoc Ulpianus: sed putat, Orationi sufficere, quod maritus non est factus pauperior. Itane? non dubitat Ulpianus: cum sic subicit: Neque enim pauperior fit qui non acquirit, sed qui de patrimonio suo deposuit. Ab eadē ratione Ulpianus *§. 14.* & si, inquit, legatum repudiet; placet, nobis, donationem valere, si mulier substituta sit in legato, vel etiam si proponas eam heredem institutam. Jam age Pomponius *l. 31. §. 7. D. h. t.* censet, quod legaturus mihi, aut hereditatis nomine relicturus es: posse te rogatum a me, uxori meæ relinquere: & non videri eam esse donationem, id est, non eam esse donationem quæ Oratione impediatur: & hanc subicit rationem: quia nihil ex bonis meis imminuitur. addit præterea, Proculum existimasse, (quod est notandum) majores donanti in eo maxime succurrisse, Ne amore alterius alter dispoliaretur, non quasi malivolos, ne alter locupletior fieret. Eodem redit hoc Ulpiani *d. l. 5. §. 15.* Si quis rogatus sit, præcepta certa quantitate, uxori suæ hereditatem restituere, & is sine deductione restituerit, magis pleniori officio fidei præstandæ functum maritum, quam donasse videri. Sic ille ex Celso: additque, eum rectam rationem huic sententiæ adjecisse: quod plerique magis fidem exolvunt in hunc casum, quam donant: nec putant, de suo proficisci, quod de alieno plenius restituant, voluntatem defuncti sequuti. imo non immerito, inquit, sæpe credimus, aliquid defunctum voluisse, & tamen non rogasse. præterea subjungit: quod hæc sententia habet rationem magis in eo qui non erat deducta quarta rogatus restituere, & tamen integram fidem præstitit, omisso Senatusconsulti commodo. ac causatur, quod hic vere fidem exolvit, voluntatem testatoris obsecutus: utique, si non per errorem calculi fecit: ceterum indebiti fideicommissi est repetitio, Sic fere ex Celso Ulpianus: & tandem *§. 16. d. l. 5.* hoc modo concludit: *Ubiunque igitur non deminuit de facultatibus suis qui donavit, vel etiam, si deminuat, locupletior tamen non fit qui accepit, donatio valet.*

Possent hæc sufficere. addam tamen, quod ab eadem causa valet donatio rei alienæ uxori a marito facta bona fide: quia ea nihil decedit de bonis ejus. Ita alias Papinianus *l. 83. D. de regulis juris*, *Non videntur*, inquit, *rem amittere quorum propria non fuit.* Sed in re præsentē Terentius Clemens *l. 25. D. h. t.* Modum tamen adjicit Pomponius *l. 3. D. Pro donato* his verbis: *Si vir uxori, vel uxor viro donaverit; verum est, quod Trebatius putabat, si pauperior is qui donasset, non fieret usucapionem possidenti procedere.* Sic Pomponius, ut dixi, modum hunc, siue conditionem, apponens? *Si pauperior is qui donasset, non fieret.* Et licet casus petere ex *l. 36. pr. §. 1. D. de usurp. & usucap.*

Exponi rigorem Orationis, ejusque temperamentum: quod est unum saltem. ex uno tamen collegerunt Veteres, fas esse, non invita Oratione, etiam alia admitti; si quæ suadeat probabilis ratio; assuetis Veteribus, articulo uno aut altero Lege, Edicto, Senatufve consulto, expresso, argumentando ad similia procedere, quamquam non expressa. Hoc modo

Paulus l. 28. §. 2. D. h. t. Si quas, inquit, servi operas vir uxori præsuisset vel contra: magis placuit, nullam habendam earum rationem, Paulus verbo, placuit, significat, hoc temperamentum non venire ex verbis Orationis; sed ex similitudine ejus quod Oratione est comprehensum: explorato, donationem ea non prohiberi, ut pereat aut minuat conjugalis benevolentia; sed retineatur. Ipse sic Paulus d. loc. Et sane non amare, nec tamquam inter infestos jus prohibita donationis tractandum est; sed ut inter conjunctos maximo affectu, & solam inopiam timentes. Ab eadem aut simili interpretatione venit, quod idem Paulus l. 14. D. h. t. scribit, si vir uxori, cujus aedes incendio consumptæ sint, ad refectionem earum pecuniam donaverit, valet donatio in tantum, in quantum aedificii exstructio postulat. Id eo certius dixerim: quia longe aliter arbitratur Ulpianus l. 13. §. ult. d. t. si quid datum sit non ad solatium consimilis calamitatis, sed ad villam extruendam vel agrum ferendum: quod alioquin facturus non erat is qui accepit. nam ait, id incidere in speciem donationis inter virum & uxorem prohibita. Licebit mihi forte etiam huc referre, quod in l. 18. D. h. t. ita scribit Pomponius: Si vir uxoris, aut uxor viri servis aut vestimentis usus, vel usa fuerit, vel in aedibus ejus gratis habitaverit, valet donatio. Non minus possit huc referri hoc Alexandri l. 13. C. de negot. gest. Quod in uxorem tuam agram erogasti, non a locero repetere, sed affectioni tuæ debes expendere. Idemque dicendum quoque de aliis impensis, si quæ ex officio a marito aut uxore dicantur factæ. Nec tamen in his negligendum quod in l. 47. D. h. t. in hunc modum monet Ulpianus: Utrum negotium uxoris gerens, an officio mariti ductus, in rem ejus impenderit vir, facti, non juris est questio. conjectura ejus rei ex modo & ex genere impensa non difficilis est.

Prohibitas inter virum & uxorem vidimus donationes. videamus effectum prohibitionis. Ait Orationis: Majores nostri inter virum & uxorem donationes prohibuerunt. Notanda sunt hæc verba; nam habent formam Legis imperfectæ: id est, ut Ulpianus Tit. 1. interpretatur, saltem prohibentis, non etiam rescindentis. tantum enim ajunt, Majores prohibuisse donationes: non addunt, infirmasse aut rescidisse. opinor tamen, legem haberi oportere perfectam: ac donationes inter virum & uxorem cum a Majoribus, tum hac Oratione non prohibitas tantum, sed infirmatas quoque & rescissas fuisse. Id ex Oratione liqueret ipsa procul dubio, si integrum haberemus Caput. nunc quod licet, colligo ex his verbis Capituli secundi in l. 32. §. 2. D. h. t. Fas esse eum quidem qui donavit poenitere, heredem vero eripere forsitan adversus voluntatem supremam ejus qui donaverit durum & avarum esse. Mitto ea verba: clare Ulpianus l. 3. §. 10. D. d. t. Sciendum est, inquit, ita interdictam inter virum & uxorem esse donationem, ut ipso jure nihil valeat quod actum est donationis causa. Si vere: probanda est sequens ejus illatio: Proinde, si corpus sit quod donatur, (id est, ut ego interpretor quod traditur ex causa donationis) nec traditio quidquam valet; & si stipulanti promissum sit vel accepto latum, nihil valet. Qua ratione? hanc adfert: Ipso enim jure quæ inter virum & uxorem donationis causa geruntur, nullius momenti sunt. Quid igitur est? Si quis, inquit, nummos uxori dederit, id est, ipse per se dederit, non fieri ejus apparet, quia nihil corporis ejus fieri, palam est d. l. 3. §. 11. Quid si per interpositam dederit personam? fac: jussit, debitorem suum ei solvere: an ejus fient nummi, debitorque liberatur? Hanc questionem tractavit Celsus: & Ulpianus §. 12. ait, eum scribere, & debitorem liberatum, & nummos mariti, non uxoris factos: idque sic demonstrat: Nam si donatio jure civili non impediretur, cum rei gesta ordinem futurum, ut pecunia ad te a debitore tuo, deinde a te ad mulierem perveniret. Nam celeritate conjungendarum inter se actionum unam actionem occultari, ceterum debitorem creditori dare, credito-

rem uxori: nec novum aut mirum esse, quod per alium accipias, te accipere. Nam & si is qui creditoris tui se procuratorem esse simulaverit, a debitore tuo, jubente te pecuniam acceperit, & furti actionem te habere constat, & ipsam pecuniam tuam esse. Addit Ulpianus §. 13. Huic sententia consequens est, quod Julianus libro septimo decimo Digestorum scripsit, si donaturum mihi jussero uxori meæ dare, ait enim Julianus, nullius esse momenti: perinde enim habendum, atque si ego acceptam, (&) rem meam factam, uxori meæ dedissem. Quæ sententia vera est. Sic editur: sed dubito; an prætet, scribi transpositis verbis: Huic sententia consequens est, quod Julianus libro septimo decimo Digestorum scripsit, si donaturum mihi jussero uxori meæ dare, nullius esse momenti: ait enim Julianus, perinde habendum, atque si ego acceptam & rem meam factam, uxori meæ dedissem. quæ sententia vera est. Nunc quæ consequentia inde sint, tractandum est. Primum, si donatio intra stipulationem consistat: erit hic exitus, ut promissum non possit peti actione ex stipulatu. Deinde si stipulatione debitum sit accepto latum: possit perinde peti, ac si nulla acceptilatio intervenisset: per traditionem autem veram, vel quasi consummata donatione, nec traditio valeat. Ita verissime ait Ulpianus l. 3. §. 10. D. h. t. ea quæ inter virum & uxorem donationis causa geruntur, nullius momenti esse ipso jure. Nec dubium, quin res donata a donatore, dominio apud eum remanente, si exstet, vindicari possit l. 5. §. 18. D. d. t. usque adeo, ut Celsus l. 48. d. t. ne referre quidem putet; utrum relicta ei a conjuge sint legata ampla. Sic: si datum sit corpus, idemque exstet, quod si data sit pecunia, ex eaque empta sit res mobilis aut immobilis: Paulo visum, cessante actione directa, donanti utilem competere in rem actionem l. 55. D. h. t. ejusque etiam meminit Justinianus l. unic. §. 5. C. de rei ux. act. Sic: si res exstet. Quod si consumpta sit: ait Ulpianus d. l. 5. §. 18. condici hætenus, quatenus quis locupletior factus est. Quapropter? quia (sic ex Gajo subjicitur l. 6.) quod ex donatione non concessa retinetur, id aut sine causa, aut ex injusta causa retineri intelligitur: soletque ex his condictio nasci. Aliquem conturbet: quod nemo rem suam condicit, præterquam a fure §. 14. Inst. de action. l. ult. D. Quem adm. ususfr. amit. At qui condictione in proposito utitur, is ea non sic agit, tamquam rem suam condicat, sed tamquam alienam & sibi debitam ex contractu vero vel quasi: ut sit in aliis in personam actionibus, commodati, pignoris, depositi, verbi gratia; quibus res nostras condicimus: quamquam & vindicare eas possimus. Postremo sic infit Ulpianus l. 6. D. de condict. ob turp. caus. Perpetuo Sabinus probavit Veterum opinionem, existimantium, id quod ex injusta causa apud aliquem sit, posse condici, in qua sententia etiam Celsus est. Plane Paulus l. 28. D. h. t. ait: Si id quod donatum sit, perierit, vel consumptum sit, ejus qui dedit, esse detrimentum. Merito, quia manet res ejus qui dedit, suamque rem perdit. Teneamus igitur quod dixi, rei viro aut uxori ab altero donatæ, si consumpta sit, condictionem esse: non in solidum, sed quatenus locupletior ea re factus sit qui accepit. Quo tempore? apud Ulpianum l. 7. D. h. t. sic quæritur. Quod autem spectetur tempus, an locupletiores sint facti: utrum tempus litis contestatæ, an rei judicatæ? respondetur autem: Et verum est, (verum dixit Ulpianus pro æquo: ut alias sapius a me aliisque observatum) litis contestatæ tempus spectari oportere, idque Imperator Noster cum Patre scripsit.

Ut redeamus in viam: apparet, dominium rei donatæ uxoris traditione in maritum non transire. De possessione nondum diximus. ait Paulus l. 1. §. 4. D. de adq. possess. Si vir uxori cedat possessionem, plerique putant, possidere eam. Et duplici ratione: prior est, quod possessio est facti; quippe detentione constans. res autem facti non potest jure civili infirmari, live

sive infecta fieri. altera ratio est : quod jus civile non studet subtilitati vanæ atque inani. tantum sequitur simplicitatem publice utilem. in proposito autem quid attinet dicere, non possidere mulierem ; cum maritus, ubi noluit possidere, protinus amiserit possessionem. Ut igitur dominium rei ex causa donationis traditæ maneat apud virum : at possessio transferatur ad uxorem. Quid ? naturalis, ipsa vera, coque pertinet ad interdictum Unde vi : auctore Ulpiano l. 1. §. 9. & 10. D. De vi & vi arm. an & civilis ? Ulpiano non videtur l. 3. §. 10. D. h. t. his verbis : *Si corpus sit quod donatur, nec traditio quidquam valet.* Ulpianus loquitur de possessione civili qua tradita transferri solet dominium. huic vero fini negat sufficere traditionem : Oratione cum inter virum & uxorem prohibente. Ita manifeste Paulus l. 26. D. d. t. nec alia causa idem l. 1. §. 2. D. Pro donato Si, inquit, inter virum & uxorem donatio facta sit, cessat usucapio ; etsi mulier possideat rem a viro donatam ex Juliani sententia. Igitur Ulpianus l. 16. D. de adq. possess. ait, eam possidere tantum pro possessore : id est, naturaliter, & injuste : Orationem considerantibus : qua huiusmodi donatio & improbat, & prohibetur. quamquam si ad voluntatem donatoris spectamus ; eo vindicante longe abest, ut malæ fidei possessori peræque comparari debeat. annumeratur certe in l. 45. D. de usuris bonæ fidei possessoribus, rem alienam sine iusto titulo possidentibus ; & horum exemplo fructus iure fundi nullos suos facit, neque naturales, neque industriales : sed id non obstat, quo minus hos ex voluntate uxoris adhuc iure donationis suos faciat : eo quod accipiens his quidem sit locupletior, sed donans non sit pauperior : ut supra sub Titulo De rei vindicatione latius probavi. Ab eadem ratione putat Paulus l. 36. D. h. t. Si donatæ res extant, & a marito vindicentur : mulierem posse eas, si velit, marito reddere : si nolit, non cogi. & præfatur : quia causam possidendi præstitit donatio, id est, voluntas donatoris ; sufficere, æstimationem iusto pretio fieri. ne quis locum faciat iurijurando in litem : ubi is est exitus, ut ipsa non fiat pauperior, nec ille locupletior. Præter hæc vult d. l. Paulus, possidenti etiam caveri de evictione simpli, quanti ea res sit. quod in cæteris malæ fidei possessoribus contrarium esse, intelligitur ex l. 68. D. de rei vindic. l. 1. l. 8. D. de in litem iurand. l. 8. §. 1. l. 9. & 10. D. Rer. amotar. Postremo ita scribit Pomponius l. 31. §. 2. D. h. t. sine dubio ab eadem causa : *Si vir uxori aream donaverit, & uxor in ea insulam edificaverit, ea insula sine dubio mariti est : sed eam impensam mulierem servaturam placet : nam si maritus vindicet insulam, retentionem impensa (id est, impensæ nomine) mulierem facturam.* Sic Pomponius : mulierem comparans cum possessore bonæ fidei : cui retentionem ob impensas in rem alienam factas, adversus vindicationem constat : cum malæ fidei possessori, nisi ob impensas necessarias non concedatur l. 7. §. 12. D. de adq. rer. dom. l. 5. C. de rei vindic. l. 1. & 2. Cod. Gregor. eod. tit. lib. 3. tit. 3.

Exposito, quantum instituto sufficit, Fragmento prioris capitis quod est in l. 3. D. h. t. age transeamus ad posterius : de quo ita Ulpianus l. 32. d. t. *Cum hic status esset donationum inter virum & uxorem, quem antea retulimus ; Imperator noster, Antoninus Augustus, ante excessum Divi Severi, patris sui, Oratione in Senatu habita, auctor fuit Senatui censendi, Fulvio Æmiliano & Nummio Albino Consulibus, ut aliquid laxaret ex juris rigore.* Ante quam veniam ad Orationem, notabo, juris rigorem ab Ulpiano hic dici pro juris regula : quam eo verbo etiam alibi designari, ostendi lib. 1. Probabil. c. 1. & De usufructu lib. 2. c. 11. Hoc obiter. Nunc Orationem videamus. ait, *Fas esse, eum quidem qui donavit, pœnitere : heredem vero eripere forsitan adversus voluntatem supremam ejus qui donavit, durum & avarum esse.* Hanc partem prodit Ulpianus d. l. Noodt Operum Tomus II.

32. §. 1. adfert & pauca alia Orationis verba §. 9. & §. 14. Apparet autem ex illis, donationem inter virum & uxorem factam, donatoris silentio confirmari : *si is prior vita decesserit.* nec de hoc quisquam dubitat, traditione a vivo facta. an idem dicendum sit, si tantum stipulatione sit perfecta, non est una eruditorum sententia. causam discidio unus præbuit Ulpianus : alio loquens ore in l. 23. alio in l. 32. §. 1. & §. 23. item in l. 33. pr. & §. ult. D. h. t. Pacem multi tentarunt frustra. Ipse vix dubito, quin reducturus secum in gratiam sim Ulpianum, Orationis verbis ab ejus mente & sententia distinctis. Igitur quod ad verba attinet : est mihi probabile, his confirmari quidem donationes traditione consummatas : intra stipulationem vero subsistentes, non æque. si vacat, & lubet, vertamus Orationis verba. ajunt, *Fas esse, eum qui donavit, pœnitere.* intelligitur autem (quod post ostendam) pœnituisse non modo is, qui donationem a se factam palam revocat ; verum is quoque qui promisit tradere ; sed dum vixit, non tradidit, quasi tacita pœnitentia. Deinde putat Oratio, durum atque avarum esse, quod donatum sit, donatario eripi ab herede donatoris forsitan adversus ejus voluntatem. Eripi porro quid potest ; nisi ante traditum ? Id sic recte animadvertisse Papinianum, mihi persuadeo, & ab Ulpiano indigitari verbis quæ apposui ex d. l. 23. *Papinianus recte putabat, Orationem Divi Severi ad rerum donationem pertinere : denique si stipulanti sponddisset uxori suæ, non putabat conveniri posse heredem mariti, licet durante voluntate maritus decesserit.* Aut omnia me fallunt, aut hic sermo hæret circa verba Orationis : eaque si evolvamus, ait Ulpianus, Papinianum putasse & recte, Orationem Divi Severi, quæ fuit communis patris & filii, ut supra monui, tantum confirmare rerum donationes, id est, donationes traditione consummatas : nam de his Orationem loqui dumtaxat : ideoque eas donatorio per heredem donatoris vindicatione auferri nulla ratione oportere : sed aliter esse, si maritus uxori stipulanti aliquid promisit, nec tradidit : nam talem donationem Oratione non confirmari : quia de ea non est locuta : ideoque heredem mariti eo casu ad rei promissæ traditionem ab uxore urgeri actione ex stipulatu minime posse : licet maritus, non revocata donatione, decesserit. Cæterum, quod recte putabat Papinianus ex Orationis verbis, id non putavit Ulpianus observandum, considerata Orationis mente. contra is, quod erat benignius, sic accepit Orationem, quasi minus dicat, & plus significet. quod & alibi evenire, in loco memini. Recessit igitur a Papiniano Ulpianus : arbitratus, Orationem voluisse, donatoris morte confirmari donationes, non modo traditione impletas, quod conveniebat ejus verbis strictius acceptis : sed universas, etsi tantum stipulatione perfectas : æquitate in omnibus idem suadente. Huc ivit ille d. l. 32. §. 1. sic scribens : *Oratio autem Imperatoris nostri de confirmandis donationibus non solum ad ea pertinet quæ nomine uxoris a viro comparata sunt : sed ad omnes donationes inter virum & uxorem factas : ut & ipso jure res fiant ejus cui donata sunt : & obligatio sit civilis.* Sic ille : & vere. Tamen, ut certior esset hæc ejus sententia atque evidentior : idem iterat §. 23. d. l. Nec quis mihi objiciat, ab Ulpiano hic non agi de promissione stipulatione facta, qua de præsens lis sit : sed de remissione per acceptilationem facta ; in eaque esse speciem quamdam traditionis per brevem manum. id enim etsi nolim inficiari monstrante ratione, & l. 43. §. 1. D. de jur. dot. idem l. 10. D. de condition. caus. dat. caus. non secut. tamen me non conturbat : Ulpiano in fine d. §. 23. sic manifeste proclamante : *Et generaliter universæ donationes quas impediri diximus, ex Oratione valebunt.* Si recte & vere : (ut fas est credi) tam valebunt promissiones ex causa donationis, quam traditiones : quia non

magis hæ, quam illæ, Oratione sunt prohibita. *l. 3. §. 10. D. h. t.* Eodem modo disputat Ulpianus *l. 33. pr. §. ult. D. d. t.* priore loco proponitur mulier stipulata esse annuum : posteriore dicitur maritus simile annuum stipulatus. certum Ulpiano est, id a neutro posse peti, constante matrimonio, prohibita inter eos donatione. sed si maritus, manente matrimonio, decesserit, jam ait, posse dici, id est, posse defendi, sine dubio contra Papinianum, stipulationem confirmari ex Senatusconsulto : id est, eam donationem, quamvis sola constantem stipulatione, ex sententia Orationis, decreto Senatus approbatæ. Quæ ratione ? ait, quia in annuo quoque vertitur donatio ; ea vero ut prohibeatur priore Orationis sive Senatusconsulti capite : donatoris morte & silentio ex secundo confirmatur. Quod ex Ulpiano dixi de donatione stipulatione facta, hoc Justinianus Novella 162. c. 1. observari jubet in donatione nudo pacto facta : in quam similis incidebat dubitatio, non sequuta traditione : postquam ei placuit, donationem posse etiam nudo pacto fieri.

Prolixior fuit superior disputatio : sed ubi hærebat deprehensa subtilitas ; curatius demonstrandum fuit, donationes qualescumque Oratione prohibitas, donatoris morte & silentio confirmari. Obtinere autem id demum voluit Oratio, si donator prior decesserit : nam si ei cui donatum sit, ante mors contingerit, contra voluit Oratio, donationem nullius momenti esse. id observat Ulpianus *d. l. 32. §. 14. & traditum a Diocletiano & Maximiano l. 18. C. h. t.* Inde quæsitum, si ambo decesserint naufragio forte, vel ruina, vel incendio, quid dicamus ? & si quidem possit apparere, quis ante spiritum posuit ; expedita est quæstio : si vero non appareat ; difficilis est. magis autem putat Ulpianus *d. l. 32. §. 14.* donationem valuisse ; & his ex verbis Orationis defendit, *Si prior vita decesserit, qui donatum accepit* : non videtur autem, inquit, prior vita decessisse, qui donatum accepit, cum simul decesserint. Proinde ulterius infert, rectissime dici, utrasque donationes valere, si forte invicem, donationibus factis, simul decesserint : quia neuter alteri supervixerit ; licet de commorientibus Oratio non senserit. Sed cum neuter alteri supervixerit, donationes mutua valebunt. id ulterius sic probat, nam & circa mortis causa donationes mutuas, id erat consequens dicere, neutri datam conditionem : locupletes igitur heredes donationibus relinquent.

Morte igitur donatoris firmatur inter conjuges donatio : si eum non pœnituerit factæ donationis, conjugæ cui donatum sit, adhuc superstitæ. cum autem duplex mors sit, alia naturalis, alia civilis, ut servitus, & deportatio : utram intelligimus ? naturalem. sane, si donator servus fuerit effectus privati ? ait Ulpianus *d. l. 32. §. 6.* dicendum esse, non impletam, sed peremptam donationem : quamvis morti servitus comparetur. Addit : Proinde & si ipsa in servitatem redigatur, cui donatum est, extincta erit donatio. Illud videamus, quid juris sit ; si damnatus ac mortuus ex pœna sit maritus vel in servilem conditionem ex pœnæ qualitate sit deductus ? jure Pandectarum non confirmabatur donatio. idemque erat, si maritus uxori donaverit, & mortem sibi ob sceleris conscientiam consciverit, vel etiam post mortem memoria ejus damnata sit : revocabitur enim (ut Ulpianus refert *d. l. 32. §. 7.*) donatio : quamvis ea quæ aliis donaverit, (extra uxorem) valeant, si non mortis causa donavit. Et tamen (quod subjicitur *§. 8.*) si miles uxori donaverit de castrensibus bonis, & fuerit damnatus, quia permissum est ei de his testari, si modo impetravit, ut testetur, cum damnaretur, donatio valebit. nam & mortis causa donate poterit, cui testari permissum. Sic Jure Pandectarum : sed id mutavit Constantinus *l. 24. C. h. t.* præcipiens, donationes in hujusmodi casibus esse illibatas : nec alieni criminis infortunio adstringi

uxorem : præfatus, quod paternis, maternisve, ne propriis, bonis frui eam, integro legum statuto religiosum sit : & donatio maritalis ante tempus criminis ac reatus in uxorem collata, quia pudicitia præmio cessit, observanda sit, tamquam si maritum ejus natura, non pœna subduxerit. Quid, si ei aqua & igne erit interdictum, vel deportio illata, non tamen mors ex pœna subsequuta ? jam vult Constantinus, donationes a viro in uxorem collatas, adhuc in pendente manere : (quia nec matrimonium in hujusmodi casibus dissolvitur) quo modo ? ait, ita ut si maritus eas usque ad vitæ suæ tempus non revocarit, ex ejus morte confirmantur : fisco nostro ad easdem res nullam in posterum communionem habituro.

Convalescit igitur morte donatoris inter conjuges donatio ; si ante vita non decessit qui donatum accepit. nec tamen vel sic semper, sed si donatorem non pœnituerit donationis : id enim postulat Oratio *d. l. 32. §. 2.* Fas esse, inquit, eum quidem qui donaverit pœnitere. Pœnitentiam autem, inquit Ulpianus, *§. 3. d. l. 3.* accipere debemus supremam : id est, eam post quam alia non est. ac proinde si uxori donavit maritus, deinde eum pœnituit, mox desinit pœnitere ; dicendum esse putat Ulpianus, donationem valere, ut supremum ejus spectemus judicium : quemadmodum circa fideicommissa solemus, vel in legatis, cum de doli exceptione opposita tractamus, ut sit ambulatoria voluntas ejus usque ad vitæ supremum exitum. Sed ubi donatorem semel pœnituit, revocandi potestatem etiam heredi tribuimus ; si appareat, defunctum evidenter revocasse voluntatem. quod si in obscuro sit, proclivior esse debet Judex ad comprobendam donationem. *§. 4. d. l.* Potest autem evidenter revocata videri voluntas, non modo palam verbis, sed tacite quoque rebus & factis : si modo vel ex illis voluntas conjiciatur. potest enim sic, ut in quæstione facti, multiplex incidere deliberatio. Ita in *§. 5. d. l.* Si maritus ea quæ donaverit, pignori dederit : ait Ulpianus, utique eum pœnituisse, licet dominium retinuit. Quid tamen, si hoc animo fuit, ut vellet adhuc donatum ? contra ait, donationem valere : & esse talem casum, si fingamus, mulierem in possessionem precariam remansisse, paratamque esse satisfacere creditori. id ulterius sic confirmat. nam si ab initio (ei) rem obligatam hoc animo donasset, dicerem, vim habere donationem, ut parata satisfacere mulier haberet doli exceptionem. quinimo & si satisfecisset, potuisse eam per doli exceptionem consequi, ut sibi mandentur actiones. Superiori exemplo addam aliud, non minus aptum ex *§. 10. d. l. 32.* Ecce : divortium post donationem intercessit. mortuus deinde est donator ; aut qui donum accepit, prior decessit. quid dicimus ; Ulpianus, *Veteri*, inquit, juri statuitur. id vero sic interpretor, quasi dicat, veteri juri stari potest. primum, quia similiter locutos alibi fuisse Veteres in *l. 41. D. de pign. act. §. 1. 13. §. ult. D. de his qui not. infam.* notavi supra ad eum *Tit. & lib. sing. De form. emendand. dol. c. 12.* Deinde convenit ea interpretatio sequentibus Ulpiani verbis alium sensum non admittentibus in *d. §. 10.* Hoc est, si maritus uxori donatum vult, valeat donatio. quod si non vult, exstinguitur. plerique enim cum bona gratia discunt, plerique cum ira sui animi & offensa. Sensus est : si post donationem a marito factam, secutum est divortium, aut prior decesserit maritus : potest fieri ? ut donatio donatoris morte confirmata, etiam ut revocata intelligatur : est enim facti quæstio. in qua refert, utrum bona gratia factum sit divortium ; an cum ira animi & offensa, id est, per indignationem. hoc casu non præsumitur perseverasse voluntas : illo contra. Quid ergo, si divortium factum est, deinde matrimonium restauratur, & in divortio vel mutata est voluntas, vel eadem duravit, restaurato tamen matrimonio, & voluntate donatoris reconciliata : an donatio duret ? hæc quæstio tractatur *d. l. 32. §. 11.* & ait Ulpianus, defendi posse valere *d. l. 32. §. 11.* quid,

11. quid, si non divortium intercesserit, sed fribusculum. *Isidorus lib. 9. c. 8.* Fribulum, inquit, est, cum eo animo separantur, ut rursum ad se invicem revertantur. *Papinianus l. 31. D. de jur. dot.* jurgium vocat, idemque similiter distinguit a divortio. quid ergo, si non divortium intercesserit, sed fribusculum: an valebit donatio secuta morte donatoris? *Ulpianus profecto*, inquit, valebit, si fribusculum quievit *d. l. 32. §. 12.* Videamus, si mulier & maritus diu seorsum habitaverint, sed invicem habuerint honorem matrimonii, quod esse interdum & inter Consulares personas subsecutum, constat. Duplex quaestio est: una, an vivo donatore subsisterit donatio inter eos facta: altera, an ex postfacto convalescat, si donator prior decesserit? prius negat *Ulpianus*: praefatus, quod duraverunt nuptiae; ac manserunt vir & uxor, durante maritali affectione; etsi interim non coierint corpore. posterius affirmat nulla addita ratione: sed mihi visum est, benigne praesumpsisse *Ulpianum*, perseverante honore & affectione maritali etiam donandi voluntatem perseverasse *d. l. 32. §. 13.*

Haecenus dixi de viro & uxore. Sed oratio (quod in *d. l. 32. §. 16.* observat *Ulpianus*) non solum illos complectitur, sed etiam ceteros qui propter matrimonium donare prohibentur: ut puta, socer donat nurui, vel contra; vel socer genero vel contra; vel confocer confocero qui copulatos matrimonio in potestate habent: nam ex mente *Orationis* his quoque omnibus permissum esse in eundem casum donare, *Ulpianus* ait, & ita *Papinianum* sensisse: sic enim scribere; Socer nurui vel genero donavit: postea filius ejus vel filia, constate matrimonio, vita decessit. quamquam vitium donationis perseveret, tamen si socer nullam quaestionem donationibus intulit, post mortem ejus contra heredes *Orationis* sententia videtur intervenire. nam quae ratio donationem prohibuit, eadem beneficium datum imploravit. Ut igitur valeat donatio ista, ait *Ulpianus*, *Papinianum* exigere, ut & filius ejus qui donavit, ante decesserit, & socer postea, durante voluntate.

Inde quaeritur in *d. l. 32. §. 18. & seqq.* quid juris sit, si nurus socero donaverit? primum ait *Ulpianus*, quod est consequens *Orationi*, mortem nurus & perseverantem in supremam diem voluntatem ejus spectare nos oportere. deinde hinc infert, si socer decesserit ante nurum, extinctam donationem esse, quasi *Oratione* non confirmatam. Illud difficilius *Ulpiano* accidit, quid dicamus, si socere mortuo, maritus u-

xori supervivisse dicatur. quaerit enim; an, quia maritus vixit post uxorem, admittamus, donationem vim habere? causa dubitandi, quod finita est donatio socero a nuru facta, postquam est mortuus socer, licet ei supervixit maritus. nec repugno, si ad rigorem *Orationis* desectamus. Sed hunc infringit *Ulpianus*: arbitratus, si quidem maritus solus socero heres exitit, posse defendi, quasi morte soceri finita quidem sit verus donatio ei a nuru facta: sed ea, si revocata non est, marito possit servari tamquam nova, in eum ab uxore denovo collata. Ita *Ulpianus*, si quidem filius patri solus heres sit. at si non sit: magis putat, finitam esse donationem; & nova ratione. sic loquitur: eam vero, mea opinione non ad posteriorem istius distinctionis partem; sed ad utramque referri oportet. Ita putemus, nova illa ratione obrineri: ut si filius solus sit patri heres; intelligatur consequens esse conjugali affectui, voluisse mulierem, donationem socero factam, eo mortuo apud maritum remanere: sin extraneus socero sit heres, quasi deficiente causa talis affectionis, ad se reverti. Hoc in *§. 18.* *Ulpianus*. Porro in *§. 19.* silere noluit, si socer, accepta a nuru donatione, ei nuncium miserit mariti nomine, etiam sic irritam fieri donationem, quasi ex causa missi nuncii nurus poenitentia revocatam. Aliquis dicat, matrimonium concordantibus viro & uxore, ut ut maxime diremptum velit pater, nihilominus comprobatum esse, id est, subsistere *Rescripto* Imperatoris *Antonini & D. Fratris* ejus, ut demonstrabo alibi. & hoc fatetur *Ulpianus*; quatenus ad virum & uxorem attingit. sed quod ad ipsos inter quos donatio facta est, finitum, inquit, est matrimonium, & quidem per indignationem: ut merito revocata inter eos habeatur donatio: quamvis matrimonium inter virum & uxorem retineatur eorum consensu. Sic censeo, & emendationem quam tentat *Jacobus Cujacius lib. 25. Observ. c. 9.* parum esse necessariam.

Satis de *Oratione* qua donatio inter virum & uxorem morte donatoris confirmatur: nisi illum poenituerit donationis; aut persona cui donatum sit, ante donatorem decesserit. Saltem addam, *Justinianum* praeter haec noviter constituisse *l. 25. C. h. r.* hanc donationem, si excedat summam quingentorum solidorum, tum demum convalescere donatoris morte & silentio, si actis sit insinuata, aut alioquin testamento donatoris confirmata.

TITULUS II.

De divortii & repudiis.

EXpositis modis quibus contrahatur matrimonium, tempestivum est cogitare, quibus solvatur. Duos enumerat *Quintilianus Declam. 347.* Matrimonium, inquit, duobus generibus solvitur, aut repudio aut morte alterius. Plures adducit *Paulus l. 1. D. h. r.* sic scribens: Dirimitur matrimonium divortio, morte, captivitate, vel alia contingente servitute utrius eorum. Sed nulla pugna erit: si putemus, a *Quintiliano* sub morte etiam servitutem, sive captivitate, sive aliter contingat, contineri. nam & deportatio eo verbo comprehendi potest. *l. 63. §. 10. D. Pro socio.* primum solvitur matrimonium morte: & fit inde marito, mortua uxore, statim jus transire ad secundas nuptias. Similiter licet uxori, mortuo marito, alii nubere: non tamen statim, sed demum post annum luctus. alioquin infamis est: ut supra traditum sub Titulo *De his qui notant. infam.* sunt & aliae poenae *l. 1. C. de secund. nupt.* quae possunt ibi videri. post annum luctus integra etiam mulieri est libertas ad secunda vota venire. tantum, si superstites ei ex priore viro sint liberi, est officium legis, providere; ne his noceatur odio, avaritia, stultitiae novorum conjugum. saepe id eve-

nire, experiundo compertum est: eoque plenam aequitatis esse hanc cautionem, negari nequit. exempla sunt nota ex *l. 3. & seqq. C. de secund. nupt.*

Alteri causa solvendi matrimonii Paulo est captivitas *d. l. 1.* ita nil mirum, *Tryphonino l. 12. §. 4. D. de captiv.* captivi uxorem, tametsi maxime velit, & in domo ejus sit, non tamen videri in matrimonio esse. quin puto, etiam fuisse ei jus nubendi alii. atque in hanc sententiam me ducit *Ulpianus l. 45. §. ult. D. de rit. nupt.* qui secutus auctoritatem *Juliani* ait, in persona libertae esse jure singulari receptum; ne ipsa, patrono capto, haberet connubium. Verba *Ulpiani* in omnibus editionibus corrupta circumferuntur: sed ea emendavi *lib. 2. Observ. c. 6.* nec dubito, quin vere. Atqui *l. 6. D. h. r.* quae ipsius *Juliani* est, generaliter ait, uxores eorum qui in hostium potestatem pervenerunt, quamdiu certum est, maritum vivere, videri nuptiarum locum retinere; nec posse migrare ad aliud matrimonium; nisi ipsae malint causam repudii praestare: quod si in incerto est, an vivus apud hostes teneatur, vel morte praeventus, tunc si quinquennium a tempore captivitatis excesserit, licen-

tiam habere mulierem ad alias migrare nuptias. Sed putemus, numquam fuisse Juliani sententiam: quam hodie indicant *d. l. 6. verba*: sed esse Justiniani ex *Novell. 22. c. 7.* inflexa a Triboniano. prorsus ita est: quod Julianus dixerat singulare esse in liberta, id a Triboniano generaliter traditur de omnibus mulieribus. Ac simile evenit Paulo in *l. 8. D. de captivis*: in qua adjecta a Triboniano ex *eadem Novella* sunt verba, *post constitutum tempus*. quod est quinquennii in *d. c. 7.* & inde quoque in *d. l. 6.*

Tertia causa solvendi matrimonii est servitus alterutri coniugi ob aliam causam, quam capritatem obveniens *d. l. 1. h. t. fac*: libertus a patrono in servitute revocatur tamquam ingratus. *fac*: servus pœnæ efficitur atrocitate sententiæ §. 1. *Inst. de cap. minut.* sed servitute pœnæ novo jure sublata, hodie matrimonium hac dirimi desit *l. 24. §. Anth. Sed hodie C. de don. int. vir. & uxor.* Servituti jungamus deportationem. nam & hac tollit civilem libertatem: sicut servitus tollit naturalem. nuptiæ autem iustæ tantum contrahuntur inter cives Romanos: inter cives & peregrinos non æque: quia inter eos non est jus connubii: ut demonstravi sub Titulo *De ritu nuptiarum*. Tolluntur igitur iustæ nuptiæ deportatione, sicut tolluntur servitute. ita sine dubio exponendus Paulus *l. 56. D. Solut. matrim.* alia ratione exponi nequit. est autem ita jus: nisi mulier post viri deportationem retineat animum uxoris: ut observatur in matrimonio quod est contractum jure gentium: cuius capax est deportatus *l. 17. §. 1. D. de pœnis. l. 15. D. de interd. & releg.* Non longe petam argumenta. Sic palam Constantinus *l. 24. C. de donat. int. vir. & ux.* & ante Ulpianus *l. 5. §. 1. D. de bon. damn.* optima ratione, (quæ & Alexandro placet *l. 1. C. h. t.*) ea ratio est: quod cum libera mulier remaneat, nihil prohibet, & virum mariti affectionem, & mulierem uxoris animum, retinere.

Quarta causa solvendi matrimonii est divortium: dictum (ut in *l. 2. h. t.* ait Gajus) vel a diversitate mentium, vel quia in diversas partes eunt qui distrahunt matrimonium. id divortium alias vocatur repudium: quamquam accurate loquentibus, inter utrumque est differentia; forte observata in Rubrica, *De divortio & repudiis*. ea differentia est; quod divortium inter virum & uxorem fieri dicitur; repudium vero sponsæ remitti videtur: quod & in personam uxoris non absurde cadit *l. 101. D. de verb. signif.* non recte autem sponsa divortisse dicitur *l. 191. D. eod. tit.* Potest porro divortium definiri, legitima viri & mulieris separatio, facta hoc animo; ut numquam redintegretur matrimonium. Ea definitio intelligitur his Pauli verbis *l. 3. D. h. t. Divortium non est, nisi verum, quod animo perpetuam constituendi dissensionem fit.* Nisi legendum, quod quosdam malle, ait Albericus Gentilis *lib. 6. De nuptiis c. 1. Divortium verum non est.* Sed assentior existimanti, eos errare; nec esse Jure Civili divortium, nisi verum: ut optime Paulus *d. l. 3.* servata communi lectione: quam & confirmant Imperatores *l. 3. C. h. t.* Scio; Juris Canonici Interpretes, quos inter Didacus Covarruvias *tom. 1. p. 2. c. 7. §. 4. De divort. & matrim. dissol. p. 191.* duplex fingunt divortium: unum separat conjugum consuetudinem: id est, ut ajunt, thorum & mensam sub perpetua spe conciliationis: alterum abruptit matrimonii vinculum. Sed hæc distinctio Veteribus Jureconsultis est incognita. æstimant illi nuptias individua consuetudine: divortium perpetua dissensione. & (quod observat Gentilis) passim dicunt, matrimonium divortio dirimi, distrahi, dissolvi *l. 1. l. 2. l. 6. l. ult. D. & l. 8. C. h. t.* Ipse addam, hoc adeo verum esse, ut lege Papia Poppæa conjuges, facto divortio, non modo non jubeantur abstinere a secundis nuptiis: verum e contrario cogantur, alias contrahere. Id annotavit Justus Lipsius, ad Tacitum *lib. 3. Annal. Excurs. lit. C. p. 514.* Et in jure exemplum iterati post divortium

matrimonii *l. 64. D. de don. int. vir. & uxor.* Etiam apud Juvenalem *Satir. 6. vers. 146.* est.

--- -- *Exi Ocyus, & propera: sicco venit altera naso.*

Similiter Apulejus *lib. 5. Metamorph.* in fabula de divortio Cupidinis & Psyche. *Tu quidem, inquit, ob istud tam durum facinus confestim thoro meo divorte, tibi res tuas habeto. ego vero sororem tuam & nomen quo tu censeris ajobat, jam mihi confarreatis nuptiis conjugabo. & statim Zephyro precipit, ultra terminos me domus ejus afflaret.* Mitto hæc: audi Senecam *lib. 3. De benefic. c. 16.* Numquid jam ulla repudio erubescit, postquam illustres quedam ac nobiles femina, non Consulum numero, sed maritorum annos suos computant, & exeunt matrimonii causa, nubunt repudi. Aliquis dicat interdum secubuisse aut separim habitasse conjuges etiam illustres. Non ignoro, imo scio, Suetoniū de Tiberio sic scribere in *eius vita c. 8.* Cum Julia primo concorditer & amore mutuo vixit: mox discedit & aliquanto gravius, ut etiam perpetuo secubaret, intercepto communis filii pignore. Verum hoc cum fieret, non idcirco repudium aut divortium dicebatur, sed frigusculum, & nihilominus ratus erat maritalis affectus & honor matrimonii. Huic rei argumentum: quod Suetonius Juliae repudium demum ex auctoritate Augusti remissum deinde esse, memorat *c. xi.* Simile in *Nerone c. 35.* Octavia consuetudinem cito aspernatus, corripientibus amicis, sufficere illi debere respondit uxoria ornamenta. Eandem mox saepe frustra strangulare meditatus dimisit ut sterilem. Sic Suetonius; & consentientem habet Ulpianum *l. 32. §. 12. & 13. D. de donat. int. vir. & uxor.* Interim non inficior, fuisse aliquando, ubi divortium intervenit; nec ob id diremptum fuit matrimonium. incurrit talis casus *l. unic. D. Unde vir. & uxor.* in liberta quæ divortit ab invito patrono. quo in casu non observato modo quem in divortiis observari oportet, non habetur divortium: utique favore patroni, non consentientis: quamquam habeatur in pœnam libertæ lege prohibente agentis, ut matrimonium solveret. hac ratione negat *d. l.* Ulpianus illi esse successionem ex Edicto Unde vir & uxor; etsi non habeat jus connubii cum alio: & in *l. 11. D. h. t.* negat, eam, ut ut solutum sit matrimonium, habere de dote actionem: quasi adhuc nupta esse videatur *l. pen. D. Ad Leg. Jul. de adul.* Simile quid in *l. 32. §. 19. D. de donat. int. vir. & uxor.* Sed de hoc loco dictum sub eo Titulo.

Nunc attingam modum in divortiis observandum. aliquem fuisse ab Augusto positum, indicat Suetonius in *eius vita c. 34.* eumque esse traditum Lege Julia de alteriis, auctor est Ulpianus *d. l. unic. §. 1.* & confirmat Paulus Inscriptione *l. 9. D. h. t.* quamquam hunc forte attigerit quoque Lex Julia & Papia: ut in *Notis ad caput xx. Leg. Jul. & Pap. De marit. ordin. p. 334. & seq.* observavit ex *l. 11. D. h. t.* Jacobus Gothofredus. Sed qualiscumque fuerit illa Lex; desiderat inter alia libellum repudii. hunc enim mitti oportere, constat ex *l. 7. D. h. t.* ac fuerunt, quod ex Gajo intelligitur, recepta in eo solemnia verba, Tuas res tibi habeto, tuas res tibi agito. illa in divortio: in sponsalibus ista, Conditione tua non utor *l. 2. §. 1. & 2. D. h. t.* Debit porro is libellus mitti, adhibitis septem testibus civibus Romanis puberibus, præter libertum ejus qui erat divortium factururus: sive ab ipso esset manumissus, sive a patre, avo, proavo, & cæteris sursum versum. Hoc modo divortium fieri oportere, & nullum aliter ratum esse, observat Paulus *l. 9. D. h. t.* nec omittendum esse, putavit Gajus *l. 2. §. 3. D. h. t.* nihil interesse, utrum ipsi præsentem renuncietur, an absenti per eum qui in potestate ejus sit, cujusve is, eave sit in potestate. Ita Phæbo cuidam non male rescriptum a Diocleriano & Maximiano *l. 6. C. d. t. Licet repudii libellus non fuerit traditus vel cognitus marito, dissolvitur matrimonium.*

Vide-

Videlicet, quia sufficit, contestationem de solvendo per divortium matrimonio esse factam coram testibus de quibus dixi, & inde libellum repudii per libertum esse missum ad domum conjugis.

Postremo debuisse divortium etiam in acta publica referri, annotavit Justus Lipsius ad Tacitum lib. 5. *Annal. Excurs. Lit. A.* & jussu Caligulae factum hoc esse, memorat Suetonius in ejus vita c. 36.

Quod attinet ad personas a quibus mittantur repudia: cautum fuit Lege Julia de maritandis ordinibus (ut est apud Ulpianum l. unic. D. Unde vir. & uxor) ne divortii faciendi causa liberta sit potestas a patrono invito discedere: & si contra faciat, ne sit ei jus connubii cum alio: modo patronus & uxorem esse, velit, & patronus duret: nam si aut patronus esse, aut velle, desierit: finita est Legis auctoritas l. 11. pr. & §. 1. D. h. t. d. l. unic. §. 1. plane, si ex causa fideicommissi manumissa sit liberta: tunc potest ab eo discedere, licet ejus liberta sit l. 10. D. h. t. Mitto libertam: simul Legem Juliam expositam plene a Barnaba Brissonio De jure connubiorum pag. 161. & seqq.

De parentibus videamus; & primum de matre: de hac Pisoni cuidam sic rescribunt Diocletianus & Maximianus l. 4. C. h. t. Filiae divortium in potestate matris non est. Idem in l. 5. affirmant illi Principes de patre, si filia sit emancipata: nam eum ne hujus quidem divortium in potestate sua habere. Quid, si liberi sint in ejus potestate? Jam divortii arbitrium patris jure civili esse, negari nequit, quamvis ignorantibus aut invitis liberis. exemplum tale apud Suetonium, Tiberio c. 11. Comperit deinde Juliam uxorem ob libidines atque adulteria damnatam, repudiandumque ei suo nomine, ex auctoritate Augusti remissam: & quamquam latus animo, tamen officii duxit, quantum in se esset, exorare filiam patrem frequentibus literis, & vel utcumque merita, quidquid umquam dono dedisset, concedere. In hoc exemplo patri fuit causa, cui dissolutum veller matrimonium. Sed quid, si nulla esset, matrimonio forte concordante & liberis subnixo? adhuc potuit hoc, quantumvis ejus voluntate contractum, jure patriae potestatis dissolvere. Duram rem & iniquam narro, verissimam tamen fuisse, testantur ex Comicis adducta a Cujacio ad Nov. 22. querelae filiarum, se ab optimis & concordantibus maritis sine causa avelli sola spurcicia, id est, crudelitate, patrum quorum in potestate sint. His exemplis addam ego sequens ex Apuleji Apologia p. 308. *Ne ita faciat, inscit scrupulum amanti adolescentulo veterator, minatur se filiam abduclurum.* Duravit porro is rigor patriae potestatis usque ad D. Pium: qui primus ei iniecit modum; verans (quod nos docet Paulus lib. 5. Sentent. tit. 6. §. 15.) matrimonium bene concordans a parte separari. Sed huic temperamento non cessere praevalidi mores. igitur quod inchoavit D. Pius, absolvit D. Marcus. Meminere Diocletianus & Maximianus l. 5. C. h. t. Schyroni cuidam ita rescribentes: *Dissentientis patris qui initio consensit matrimonio, cum marito concordante uxore filiafamilias, ratam non haberi voluntatem Divus Marcus pater noster, religiosissimus Imperator constituit: nisi magna & justa causa interveniente hoc pater fecerit. Invitam autem ad maritum redire, nulla juris praecipit constitutio. Emancipata vero filia pater divortium in potestate non habet.* Huic Rescripto Diocletiani & Maximiani si jungatur Justiniani Novella 22. c. 19. (nam eo respicit) nimis apparet, in primis D. Marco deberi: quod obtinuit; ne pater, volens matrimonium suae filiae, praetextu patriae potestatis turbare, audiat, nisi justa & probabili ex causa, cur faciat: etsi jure civili posset vel sine causa facere sola spurcicia; ut Afranius ait apud Nonium c. 4. in verbo, *Spurcum.* Mea opinione, huc quoque intendit Ulpianus l. 1. §. ult. D. de liber. exhib. Certo, inquiens, jure utimur, ne bene concordantia matrimonia jure patriae potestatis turbentur. Ante D. Marcum erat adhuc incertum hoc juris temperamentum, non

peraeque recepta D. Pii Constitutione. sed post Constitutionem D. Marci ait Ulpianus, certo jam jure nos uri, non esse indulgendum patri, volenti bene concordantia matrimonia turbare, praetextu patriae potestatis: cum praesertim etiam sic rescripserint Severus & Antoninus l. 32. §. 19. D. de donat. int. vir. & uxor. Subjicit Ulpianus d. l. 1. §. ult. pulchre ac commode: *Quod tamen sic erit adhibendum, ut patri persuadeatur, ne acerbe patriam potestatem exerceat.* Ulpianus hac parte indigitat, D. Marcum pro sua humanitate voluisse, rigorem juris inflecti non directo, sed adhibito schemate persuasionis: quo potius sponte, quam coactus, videretur pater desistere de suo jure: quod alioquin legibus poterat etiam acerbe exercere. Hunc morem D. Marci, mollientis veterem rigorem in praesente specie, & alias, indicavi jam lib. 1. De usufruct. c. 8. ad fin.

Ceterum praeteriri non oportet, inquiri facto divortio solere, essetne justa ex causa, an sine justa causa factum. ac si nulla liqueret causa; locum fuisse poenis injusti repudii, has attingit Paulus l. 8. D. de captivis. enumerat Ulpianus tit. 6. §. 12. verbis sequentibus: *Morum nomine graviorum quidem sexta retinetur: leviorum autem octava. graviores mores sunt adulteria tantum, leviores autem reliqui. Mariti mores puniuntur in ea quidem dote que annua, bima, trima die reddi debet, ita. propter majores mores praesentem dotem reddit: propter minores senum mensum die. in ea autem que praesens reddi solet, tantum ex fructibus jubetur reddere, quantum in illa dote quadriennio redditur. quod representatio facit.*

Hae poenae petebantur judicio de moribus. sic vocatur in Rubrica C. h. t. Quintiliano lib. 4. Instit. orat. c. 2. item lib. 7. c. 3. & 4. dicitur actio malae tractationis. ejus vestigia extant in l. 5. D. de pact. dota. lib. l. 15. §. 1. l. 39. l. 47. D. Solut. matrim. Solet vero alter hac actione alterius mores accusare: divortii culpam a se avertens. exitus erat nocentis condemnatio ad praestandam innocenti poenam. quod si uterque videretur repudii causam dedisse: ait Papinianus l. 39. D. Solut. matrim. vel hoc solitum pronunciar: itaque accipi debere: ut ea lege quam ambo contempserunt, neuter vindicetur: paria enim delicta mutua pensatione tolli. sed hoc exposui supra sub Titulo, De compensationibus. Quae dixi, obtinere usque ad Principatum Constantini: qui in l. 1. Cod. Theod. h. t. primus divortii causas ex incertis atque arbitrariis, quales omnes erant, fecit certas & definitas: rejectis aliquot levioribus: quales erant, si mulier marito repudium mittat ebrioso aut aleatori aut mulierculario. solum jussit inquiri, an homicidam, vel medicamentarium, id est, veneficum, vel sepulchrorum dissolutorem, maritum suum esse probaverit. & si ob alia crimina praeter haec tria, marito miserit repudium; vult, eam usque ad aciculam capitis in domo mariti deponere, & in insulam deportari. Similiter vetat, maritos per quascumque occasiones uxores dimittere. tantum haec tria admittit crimina: si sit mœcha, vel medicamentaria, vel conciliatrix, id est lena: & si ab his liberam ejecerit; jussit, eum omnem dotem illi restituere, & aliam non ducere. quod si contra fecerit; dat priori conjugii facultatem ejus domum invadere, & omnem dotem posterioris uxoris ad semetipsam transferre pro injuria sibi illata. Hanc Constantini Legem, procedente tempore, excepit Constitutio Honorii, Theodosii, & Constantii l. 2. Cod. Theod. d. t. quae potest videri: plura enim habet, quam ut ejus summa hic inferi possit. Potius dicam: quod a superioribus postea recessere Theodosius & Valentinianus l. 8. C. h. t. positis novis causis, & novis poenis. causas a parte mulieris signarunt in §. 2. & a parte mariti in §. 3. quibus in l. 10. Justinianus unam adjecit a parte mulieris: & a parte mariti tres in l. 11. §. 2. quamvis postea omnes contraxit, abscissis, ut ait, nonnullis quae ad solvendas nuptias indignae videbantur Novell. 117. c. 8. & 9. Quod attinet ad poenas novas: Theodosius & Valen-

lentinianus *d. l. 8. §. 4.* has ponunt mulieri ; ut ipsa dans divorcio causam , amittat dotem & donationem propter nuptias ; ac ne alteri nubat intra quinquennium sub pœna infamiæ , si contra faciat. viro autem , si ejus culpa arguatur , in *§. 5.* eandem ponunt pœnam : præterquam quod huic relinquunt jus , statim alteram ducere uxorem. Sic quidem illi. At Justinianus *d. l. 11.* addidit ; ut , si neque dos esset , neque donatio propter nuptias ; tum is qui causam divorcio præbuisset , alteri persolveret quartam bonorum partem ; modo ne egrediatur ultra centum auri libras. quamquam vel hoc rursus ab eo mutatum jure posteriore : mira inconstantia : quam licet animadvertere *Novell. 22. c. 15. §. 3. & c. 16.* item *Novell. 117. c. 13. & Novel. 134. c. XI.*

Repudii pœnis & causis ita definitis , deinceps supervacuum erat judicium de moribus , ideoque ut parum frequentabatur , ita sublatum a Justiniano *d. l. 11. in fin. C. h. t. & l. unic. §. 5. C. de rei ux. act.*

Præter divortium ex indignatione de quo egi hætenus , fuit aliud quod dicebatur fieri bona gratia. cum enim consensu contraheretur matrimonium , non putabatur esse a ratione alienum , id contrario consensu solvi ; si non commode posset retineri. Utriusque divortii meminit Ulpianus *l. 32. §. 10. D. de donat. int. vir. & ux. his verbis : Plerique enim cum bona gratia discedunt. plerique cum ira sui animi & offensa.* At non ut in divorcio per indignationem , ita in divorcio quod bona gratia fit , necessaria fuit allegatio justæ causæ : contra suffecit consensus conjugum a matrimonio discedentium. quamquā licuit volentibus causam allegare aliquam : uti propter sacerdotium , vel sterilitatem , vel senectutem , aut valetudinem , aut militiam. hæc enumerantur in *l. 60. §. 1. l. 61. & l. 62. D. de donat. int. vir. & ux.* ac ne omnium dem exempla : petam sacerdotio aliquod a Tertuliano *lib. 6. De monogamia c. ult.* Verba Tertulliani : *Cereri sacerdotes viventibus etiam viris & consentientibus, amica separatione viduantur.* Quod vero propter militiam bona gratia fieret divortium , ejus forte hæc erat ratio : quod militibus ex disciplina militari adhuc non licebat uxo-

res jure Pandectarum habere : ut suo more erudite ad præsentem locum tradit Vir CL. Justus Lipsius , ad Tacitum *lib. 14. Annal. c. 16. n. 79.*

Sic tenes jus quod fuit usque ad Principatum Theodosii & Valentiniani. sed ab his mutatum *l. 8. C. h. t.* abrogato in favorem liberorum divorcio bona gratia , id est , mutuo consensu fieri solito. altera divortii species , quod fiebat missio repudio , sive per indignationem , adhuc permissum : quamquam non sine causa , atque ipsa demum certa & definita *d. l. 8. §. 1. & seqq.* Sed divortium communi consensu viri & mulieris factum quo nulla continetur causa ex his quas in *d. l. 8.* posuerunt Theodosius & Valentinianus , deinde approbatum rursus ab Anastasio *l. 9. & seqq.* Justinianus tamen id indulsit tantum ex certis causis *Novell. 22. c. 4. & seqq.* idem rursus , præterquam ob castitatem , improbans *Novell. 117. c. 10. & penitus Novell. 134. c. 11.* Justinus vero Justiniani ex sorore nepos id reduxit *Novell. 140.*

Satis de divortiiis & repudiis ex forensi usu. De Christiana religione quæritur : an debuerit hunc Titulum a republica amovere , reverentia præceptorum Domini apud Matthæum *c. 19.* & Marcum *c. 10.* quibus possit , Judice Ecclesiâ , prohibitum videri divortium quod solvat matrimonii vinculum. Sed jam olim sedit V. CL. Andrea Alciato *lib. 6. Parerg. c. 20.* defendere Justinianum : quod dicit , Ecclesiâ illo tempore & aliquanto postea putasse , divortio verbis Evangelii non prohiberi , dum fiant justa ex causa ; etsi in Evangelio dicatur , quod Deus conjunxit , homo ne separet : nam ab hominibus justa ex causa factum , a Deo fieri intelligi *c. quos Deus 33. q. 1.* Sic Alciatus , & verissime. Cæterum , quæ sit talis justa causa , adulterii sola , an etiam qualiscumque alia æquæ gravis ; non est una Eruditorum sententia. tu , si sapias , vide sis Viros Eximios , Johannem Seldenum *uxor. Hebraic. lib. 3. c. 22. & seqq.* Hugonem Grotium *Notis ad Matthæum c. 5. §. 32.* & Johannem Barbeyracum *Notis Gallicis ad Opus De jure belli & pacis lib. 2. c. 5. §. 9. pag. 283. & seqq.*

TITULUS III.

Soluto matrimonio dos quemadmodum repetatur.

IN Actione rei uxoriæ per quam hoc Titulo fit dotis repetitio , primum quæritur , quando ea repetatur : deinde per quem : tum a quo : post quarum rerum fiat repetitio : denique quando cesset , aut minuat. Primam deliberationem expedit Rubrica , *Soluto matrimonio dos quemadmodum repetatur.* Indicat ea , dotem repeti soluto matrimonio. & recte : nam eo constante tantum abest , ut possit repeti : ut ne ultro quidem solvi possit : solutione habitura speciem donationis inter conjuges veritæ *l. unic. C. Si dos constante matrimon. sol. fue.* Non tamen est hoc sine exceptione. Paulus certe *l. 37. §. 1. D. de jur. dot.* sic scribit : Manente matrimonio , non perditur uxori ob has causas dos reddi potest : ut se suosque alat ; ut fundum idoneum emat ; ut in exilium , ut in insulam relegato parenti præstet alimonia ; aut ut egentem virum , fratrem , sororemve sustineat. præter has causas est & alia apud Scævola *l. ult. D. eod. tit.* Dotis igitur repetitio solutioque regulariter fit soluto matrimonio. Sed quemadmodum ? accipe ab Ulpiano in *Fragm. tit. 6. §. 8.* ita scribit : *Dos si pondere , numero , mensura contineatur , annua , bima , trima die ; nisi , ut præsens reddatur , convenerit. reliquæ dotes statim redduntur.* Hoc ille ex usu sui temporis. sed mutatum a Justiniano *l. unic. §. 7. C. de rei ux. act.* ex eaque interpolatus a Triboniano est Ulpianus *l. 1. §. 2. D. de dot. prælegat.* pro *annua , bima , trima die* posita *annua die.*

Sequens inspectio erit , per quem fiat dotis repeti-

tio. Hic vero refert , utrum profectitia , an adventitia dos sit : præterea utrum matrimonium solvatur morte mulieris , an divorcio. primum si matrimonium mulieris morte solvatur : placuit , dotem profectitiam , etsi de eo nihil sit conventum , ipso jure ad patrem a quo profecta est , reverti : quintis in singulos liberos in infinitum relictis penes virum. Sic Ulpianus *d. tit. 6. §. 4.* & optime , ut videtur , Pomponio *l. 6. D. de jure dotium* : præfato , jure esse patri succursum , ut filia amissa solatii loco cederet , si redderetur ei dos ab ipso profecta : ne & filia amissa , & pecuniæ damnum sentiret. Aliquis hoc concedat , muliere in patris potestate existente : non item , si fuerit emancipata. & fundamentum ei , quod Apollonio cuidam sic rescripsit Alexander *l. 4. C. h. t. Dos a patre profecta , si in matrimonio decesserit mulier filiafamilias , ad patrem redire debet.* Sed ego huic qui sic censeat , non assentior : cum ratio patrem consolandi restitutione dotis tam justa sit amissa filia emancipata , quam in potestate existente. Sed generalis sermo cum Ulpiani , tum Pomponii *dd. loc.* hanc distinctionem non agnoscit : imo hanc refutat Ulpianus *l. 5. D. de divort. & repud.* Pomponius *l. 10. D. h. t.* & Paulus *l. 71. D. de evict.* Nec resistit *d. l. 4.* Alexander : quia in ea non constituit generale jus , facile admissurum a contrario argumentum : sed rescribit ad factum in quo mulier proponebatur in matrimonio mortua esse filiafamilias : idem rescripturus , si eum Consultor de filia emancipata

pata rogasset, huiusmodi vero casu non esse argumēto a contrario locum, jam sapius animadversum est. idque vel eo monendum fuit: ut liqueret, non esse opus emendatione Antonii Goveani V. Cl. lib. 2. Var. lect. c. 4. existimantis, verbum, *filiafamilias*, in d. l. 4. pro spurio esse expungendum. Sed apparet, quod dixi, muliere in matrimonio mortua, dotem profectitiam ad patrem reverti sine discrimine, utrum sit *filiafamilias*, an emancipata. Nisi forte aliter convenerit: ut sunt tales casus l. 26. & l. 12. D. de pact. dot. ipsi non sine ratione: nam cum in honorem patris, & pro solatio ejus placeat, ei restitui dotem profectitiam: quid ni renunciaret, si velit, favori pro se introducto pater? Superiori exceptioni addo sequentem apud Marcianum l. 8. §. ult. D. de bonis damnat. in his verbis: *Si pater qui pro filia dotem dedit, damnetur: nihil competit fisco, etiamsi in matrimonio postea filia decesserit. quo casu alias dos profectitia rediret ad patrem. manebit ergo penes virum. Nisi* (quod ex Callistrato subjicitur l. 9.) *probetur, patrem metu condemnationis in fraudem fisci filii prospexisse.* Mortua igitur in matrimonio muliere, dos profectitia ad patrem a quo profecta est, revertitur: utique nullis liberis relictis. imo & his superstilibus. nil enim mutat Ulpianus: nisi quod dicit, tum quintas in singulos liberos in infinitum relinqui penes virum. Scio: dissentiunt multi: arbitrari, dotem profectitiam liberis superstilibus apud maritum manere. & movent eos multa: primum quod Paulus l. 17. D. de Senatusc. Maced. ait, patri mortua in matrimonio puella, dotis repetitionem dari. puellam autem Antonius Faber lib. 1. Conject. c. 16. interpretatur mulierem quæ nullos edidit liberos. Temere: puella est ætatis nomen: sicut puer. nec abs re fuerit, puellam a Paulo dici respectu temporis initi matrimonii quo tempore mulier erat puella. quamvis nec insolitum, puellam appellari mulierem gravidam, & parturientem, etiam matrem factam. Res certa: & sufficit hoc A. Gellii lib. 12. Noct. Attic. c. 1. *Percontatus est, quam diutinum puerperium & quam laboriosi nixus fuissent, puellamque defessam labore ac vigilia somnum capere intellexit.* Et post: *Sed cum mater puella parcendum esse ei diceret, adhibendosque puero nutrices.* Sed levis hæc obiectio. majoris moliminis est sequens ex Paulo l. 56. §. 1. D. de jur. dot. *Ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt.* at liberi sunt onera matrimonii l. 46. D. Famil. ercisc. & matrimonio morte mulieris soluto manent apud maritum. Debet igitur dos manere apud maritum, apud quem matrimonio morte mulieris soluto manent liberi. Quid dicimus? hanc objectionem habere colorem adjuvandi maritum, matrimonio liberis superstilibus morte uxoris soluto. sed privato mariti commodo prælatam aliquo modo esse utilitatem publicam: credito interesse reipublicæ, a patre dotari filiam quo facilius inveniat virum, & civibus angeat rempublicam l. 1. D. h. t. ad hoc autem proclivior fore patrem dotem ea mortua recepturum, quamvis superstilibus liberis. Accedebat: quod non soli liberi constante matrimonio erant matrimonii onera: sed uxor quoque. Hoc sensu Paulus d. l. 46. D. Fam. ercisc. *Mortuo patre quadam filios sequuntur, etiam antequam fiant heredes: ut matrimonium, liberi, ut tutela. igitur & dotem præcipere debet qui onus matrimonii post mortem patris sustinet.* Paulus onus matrimonii constantis vocat alimenta non liberorum tantum, sed uxoris quoque: nam hanc matrimonii appellatione designat: pari forma qua apud Florum & Justinum matrimonia pro uxoribus dici, commode est a Freinshemio observatum Indice ad Florum. cui pro cumulo addam hoc Minucii Felicis Octavio c. 31. *At nos pudorem non facie, sed mente præstamus, minus matrimonii vinculo libenter inherentes.* Dicamus igitur, propter matrimonii onera quæ eo constante, apud maritum sunt in solidum, apud eum esse dotem solidam: sed eo soluto, quia ejus esse debuit onus alendæ uxoris, quamvis liberi adhuc sint ejus oneri,

utique apud eum non esse solida matrimonii onera; ideoque nec solidam dotem apud eum esse: sed sufficere, quintas esse: ut supra dictum. Præter superiores difficultates movetur & tertia ex hoc Papiniani l. 40. D. h. t. *Post dotem datam & nuptias contractas stipulatus est pater filia voluntate, divortio facto dotem dari: si conditio stipulationis impleatur, & postea filia sine liberis decesserit, non erit impediendus pater, quo minus ex stipulatu agat: viva autem filia si agere vult, exceptione summovendus erit.* Pater post dotem datam, & contractas filia nuptias, ejus voluntate (sic passim legitur) stipulatus erat, facto divortio, dotem sibi reddi. ait Papinianus, si conditio stipulationis existat, id est, si divortium sit sequutum, patrem dotem exacturum, si postea filia sine liberis sit mortua. proinde si sit superstilibus liberis mortua: videretur consequens esse, ut cesset dotis exactio. Ut extricetur difficultas, recedendum est a recepta lectione, auctoritate Græcorum, Basilic. lib. 28. tit. 8. secundum quam Jacobus Cujacius lib. 4. Observat. c. 21. ita legit: *stipulatus est pater sine filia voluntate.* Nisi quis malit: *stipulatus est pater præter filia voluntatem:* quomodo reperisse se in libro manuscripto, refert Ludovicus Charondas Not. margin. Sed utraque placet lectio, sicut utrique convenit peræque ratio juris certi demonstrata ab Ulpiano l. 29. D. d. t. Inde sensus: Si pater post dotem datam & nuptias sequutas sine filia voluntate ex intervallo stipulatus est, divortio facto dotem dari: non jure eam stipulatus est d. l. 29. ideoque non potest ex ea stipulatione agere viva filia; & si vult agere, summovendus est exceptione, Si non post contractas nuptias male stipulatus est: quod bene observavit Scholiastes Græcus *ad d. l. 40. lit. 1. pag. 397. tom. 4.* Si tamen filia post divortium decesserit sine liberis: ultro convalescit stipulatio: nec impeditur pater ex ea petere dotem solidam: liberis autem superstilibus non petet solidam: quia marito ante Justinianum jus fuit, quintas in singulos liberos retinere. Ita mortua filia, retro valet stipulatio quæ ea viva non valebat.

Mortua igitur in matrimonio muliere, revertebatur dos profectitia ad patrem filia superstitem. sed quid, si non esset superites? Ulpianus d. tit. 6. §. 4. sic scribit: *Quod si pater non sit, apud maritum remanet.* Ita jus fuit usque ad principatum Justiniani. sed ab eo mutatum l. unic. §. 6. C. de rei ux. act.

Hæc de dote profectitia. quid de adventitia? Ulpianus d. tit. 6. §. 5. ait, *Adventitia dos semper apud maritum remanet, præterquam si is qui dedit, ut sibi redderetur, stipulatus fuit: qua dos specialiter receptitia dicitur.* Interest igitur inter dotem profectitiam & adventitiam: quod illa, nisi aliter sit conventum, semper ad patrem revertitur: hæc contra, nisi aliter placuit, semper manet apud maritum. non obscura ratione differentia: quod pater invitus cogitur dotem dare pro filia: extraneus dat, si vult, dotem: si non vult, non cogitur dare. hic igitur, cum dos manet apud maritum mortua muliere, non habet queri, nisi de sua liberalitate plane voluntaria. at illi, cui necesse fuit, dotem dare pro filia, merito est succursum, ut filia amissa, solarii loco cederet dos ei restituta: ne & filia amissa & pecuniæ damnum sentiret l. 6. D. de jur. dot.

Ostendi, quid juris fuerit, matrimonio morte soluto. videamus, quid sit, sequuto divortio? Ulpianus, d. tit. 6. §. 6. *Divortio, inquit, facto, si quidem sui juris sit mulier, ipsa habet actionem, id est, dotis repetitionem. quod si in potestate patris sit, pater adjuncta filia persona habet actionem re vera.* Sic editur, sed pro actionem re vera, esse legendum, actionem rei uxoria, ingeniose more suo conjecit Cujacius. Præter hæc notandum, quod Ulpianus ait, patrem adjuncta filia persona habere rei uxoria actionem, fere hac niti ratione: quod filia obligationis particeps & quasi socia est in causam dotis l. 34. §. 6. D. de solution. Paulus l. 3. D. h. t. sic exprimit: Non solum in exigenda, sed etiam in solvenda, dote quæ communis

est patris & filiae, utriusque voluntas exquiritur: nec alter alterius deterioorem conditionem facere potest. Illud quale, quod mox in *d. §. 6.* subjicit Ulpianus *Nec interest, adventitia sit dos, an profectitia.* Forte hoc dubium fiat comparatione *l. 2. §. 1. D. h. t.* qui locus est ejusdem Ulpiani, nam in *d. §. 6.* vult, matrimonio per divortium soluto, cum in patris potestate est mulier, communem patris & filiae esse dotis repetitionem; siue profectitia dos sit, siue adventitia. at in *d. l. 2. §. 1.* sic loquitur: *Quod si in patris potestate est, & dos ab eo profecta sit, ipsius & filiae dos est: denique pater non aliter, quam ex voluntate filiae petere dotem neque per se, neque per procuratorem potest.* Ulpianus hic patri quidem ex voluntate filiae concedit repetitionem dotis, sed profectitiae, non adventitiae. An igitur a se dissentit Ulpianus? Veretur Goveanus *lib. 1. Var. lect. c. 44.* nisi pro delectis habeantur verba, *Et dos ab eo profecta sit*, tamquam adscripta a Triboniano ex *l. 6. & l. 8. C. de bon. qua. liber.* Non damno emendationem: qua potest sublata intelligi difficultas, sed non erit necessaria: si in *d. l. 2. §. 1.* abstineatur argumento a contrario aut a consequentia: ut non debet hujusmodi argumento, si praeterim fiat adversus clarum testimonium, aut rationem juris, indulgeri in Fragmentis Pandectarum: quae ut habeant vim legum talia argumenta parientium; tamen non sunt leges: sed doctrinae Jurisconsultorum, quibus unam speciem in sermone attingentibus, non statim est consilium, eas quas non attingant, excludere: ideoque nec sic, quasi excluderint, accipienda. Ita cum apud Paulum *l. 31. §. 1. D. de usurp. & usucan.* reperitur: *In usucapionibus mobilium continuum tempus numeratur:* noli putare, fuisse Pauli mentem, in immobilium usucapionibus non numerari tempus continuum: contrarium enim liquet partim ex definitione usucapionis apud Modestinum *l. 3. D. h. t.* partim ex disputatione Gaji *l. 5. D. eod. tit.* Similiter, cum apud Paulum *l. 12. §. 3. D. de admin. tutor.* legitur de tutore; *Non dabit dotem sorori alio patre nata:* cavebis, si sapis, ab argumento hoc a contrario: ergo dotem dabit sorori eodem patre natae. non enim hoc sedit Paulo, nec verum est: ut demonstravi supra sub Titulo, *de jure dotium.*

Transgrediamur nunc ad hunc articulum, adversus quem competat de dote actio, palam autem est, adversus maritum competere, siue ipsi dos data sit, siue alii ex voluntate mariti, vel subiecto juri vel non subiecto, sed si filiusfamilias sit maritus, & socero data sit dos, adversus socerum agetur. plane si filio data sit, sed jussu soceri, adhuc tenebitur socer. quod si filio data sit non jussu patris, Sabinus & Cassius responderunt, nihilominus cum patre agi oportere: videri enim dotem ad eum pervenisse, penes quem est peculium. sufficit autem, ad id damnari quod est in peculio, vel si quid in rem patris versum est. si autem socero dederit, cum marito non poterit experiri, nisi patri heres extiterit. Ita Ulpianus *l. 22. §. 12. D. h. t.* & Imperatores *l. 10. & ult. C. eod. tit.* Quod si mulier ignorans statum servi, ei per errorem nupsit, & dotem dederit, tamquam libero: placet Antonino, eam ex peculio dotem recipere *l. 3. C. eod.*

Proxima inspectio erit, ad quid detur de dote actio. datur autem ad restitutionem dotis datae: siue rem propriam, siue alienam, in dotem dederit mulier: nec refert quidem, utrum ignorans dederit, an sciens: nam vel tum ei reddendum esse, quasi suam dedisset, Pomponius bene arbitratus est *l. 11. D. h. t.* obligatione hac nata ex conventionem: quam inter contrahentes servari, bonae fidei consequens est.

Non minus observandum: quod oportet virum in rebus quas, praeter numeratam pecuniam, doti habet, quales res sunt corpora, praestare dolum malum & culpam: nihil praeterea. ita Servium scribere, eamque sententiam Publii Mucii esse, testis est Javolenus *l. 66. D. h. t.* nam in Licinia Gracchi uxore statuisse, quod res dotales in ea seditione qua

Gracchus occisus erat, periissent, quia Gracchi culpa ea seditio facta esset, Licinia praestari oportere. Et est his consequens hoc Pomponii *l. 18. §. 1. in fin. Si circa interitum rei dotalis dolum malum & culpa mariti absit, actiones solas quas eo nomine quasi maritus habet, praestandas mulieri: veluti furti, vel damni iniuria.* Praestat igitur maritus in corporibus dotalibus, praeter dolum, & culpam latam ac levem: ut sit in ceteris contractibus, ad utilitatem utriusque & dantis & accipientis pertinentibus *l. 5. §. 2. D. Commod.* Paulus *l. 17. D. de jur. dot.* sic loquitur: *In rebus dotalibus virum praestare oportet tam dolum, quam culpam.* Debit dicere, *tam culpam, quam dolum.* Sed est Hysterologia Veteribus frequens, & alibi a me notata. Addit: *Etiam diligentiam praestabit, sed quam in suis rebus exhibet.* Pauli sensus est: quod maritus praeter dolum, praestat culpam levem, siue consistat in committendo, siue in omittendo. quam ob rem? quia causa sua dotem accipit. id est, quia etiam causa sua, vel quia non tantum uxoris, sed sua quoque, causa dotem accipit: ut docui *lib. 4. Probabil. c. 3.* Hoc: nisi mora per mulierem fuit, quo minus dotem reciperet. nam si ea fuit: ait Pomponius *l. 9. D. h. t.* maritum dumtaxat dolum malum, non etiam culpam praestare: nempe, ne facto mulieris in perpetuum ejus agrum colere cogatur. At dos non semper constat corporibus: saepe constat quantitatibus, quae pondere, numero, aut mensura, aestimantur. tum vero mariti periculo dos est: quia illae in hoc dantur; ut eas maritus ad arbitrium suum distrahat, & quandoque soluto matrimonio, ejusdem generis & qualitatis alias restituat vel ipse vel heres ejus *l. 42. D. de jur. dot.* idem est, si in dotem data sint corpora aestimata: nam tum quoque, quasi venditio intervenit, periculum ad maritum pertinet: si pura fuerit aestimatio; aut, si conditionalis, conditio extiterit *l. 10. §. 4. & §. 5. D. de jur. dot.* Adeo plerumque interit viri, res non esse aestimatas, idcirco ne periculum rerum ad eum pertineat: maxime si animalia in dotem acceperit, vel vestem qua mulier utitur: eveniet enim, si aestimata sint, & ea mulier attrivit, ut nihilominus maritus aestimationem eorum praestet *l. 51. D. h. t.* Quid igitur est? quoriam res non aestimatae in dotem dantur, & meliores & deteriores mulieri fiunt *d. l. 10. pr.* amplius, si praedictis inaeestimatis aliquid accessit, hoc ad compendium mulieris pertinet: si aliquid decessit, mulieris damnum est *d. l. 10. §. 1.* Putemus igitur, in actionem rei uxoriae venire res in dotem datas: etiam accessiones *d. l. 10. §. 1.* si quidem sint extra fructus: ut sunt partus ancillarum quae aestimatae non sunt: & quae servi dotales ex quacumque causa, nisi ex re mariti vel operis suis adquisierunt: fructus autem in quibus sunt foetus pecorum, ad lucrum mariti pertinere, Justinianus refert *l. unic. §. 9. C. de rei uxor. act.* & ante sic distinxit Ulpianus *d. l. 10. §. 1. 2. & 3.* nec dubitavit hic Jurisconsultus *l. 7. D. de jur. dot.* quod de fructibus dictum, ab ipsa aequitate derivare: causatus, marito onera matrimonii sustinente, aequum esse, eum etiam fructus percipere. aequum probo, quod porro subjicit *§. 1.* fructus constante matrimonio perceptos non fore dotis: ante nuptias perceptos in dotem converti. quod & Paulo placet *l. 38. §. 12. D. de usur.* & Julianus *l. 47. D. de jur. dot.* Eadem ratione, matrimonio morte vel divortio soluto, non patitur aequitas, a marito retineri integros ejus anni fructus: quippe cum non sustentarit onera totius anni: istis fructibus repensanda. idem est; si matrimonium constitit pluribus annis, & est finitum, antequam exspiravit annus postremus: nam vel tum fructus inter virum & uxorem pro rata temporis portione dividi, rationis est *l. unic. §. 9. C. de rei uxor. act.* Haec: si eodem tempore & matrimonium est perfectum, & dos data. alioquin de divisione anni quo divortium factum est, quaeri ait Ulpianus *l. 5. D. h. t.* utrum maritus sibi computet tempus ex die contracti matrimonii, an ex die fundi traditi? putat autem, in fructibus a viro reti-

retinendis, neque diem constitutæ dotis, neque nuptiarum, observari; sed quo primum dotale prædium est, id est, tradita possessione. Similiter ait Paulus *l. 6. D. h. t.* fundo ante nuptias tradito, annu computari ex die nuptiarum ad eundem diem sequentis anni: idemque in cæteris annis servari, donec fiat divortium: nam, si fundus traditus sit ante nuptias, & fructus inde sint percepti, divortio quandoque factò, esse restituendos, quali dotis factos *d. l. 6.*

Injecta fructuum mentio, non sinit me silere hoc loco, quid sit fructus. ait autem Pomponius, eo nomine venire omnem utilitatem ex corpore rei natam *l. 121. D. de verb. signific.* idem Varro *lib. 4. De ling. Latin.* Ulpianus quoque de fundi usufructu agens *l. 9. D. de Usufruct.* Quidquid, inquit, in fundo nascitur, quidquid inde percipi potest, ipsius fructus est, si tamen boni viri arbitratu percipiatur. quod & hic locum habere potest: cum vel maritus, ne deterorem dotem faciat, curare debeat *l. 7. §. 12. D. h. t.* id vero si observatur, non refert, utrum ex factò hominis proveniat fructus, puta serendo; an sponte, ut silva cædua cujus arbores cremiales appellantur: nam Ulpianus *d. l. 7. §. 12. & §. 7.* restatur, tales in fructu cedere, & pro anni parte restitui: grandes arbores in fructu haberi non putat: ideoque his cæsis, maritum teneri, quasi deterorem fundum fecerit. sed & si vi tempestatis ceciderint, dici oportere, pretium mulieri restituendum, nec magis in fructum cedere, quam si thesaurus fuerit inventus: hunc enim in fructum non computari; sed partem ejus dimidiam restitui, quasi in alieno inventi. Quod de fundo dictum, etiam de pecore existimandum: nam & lana ovium, & fœtus pecorum in fructu haberi apud Gajum *l. 28. D. de usur.* nec alio pergit hoc Manilii *lib. 4. Astro-nomic.*

*In iuvulumque dabit fructus, & mille per artes
Vellera, diversos ex se parientia quæstus.*

Non tamen hoc sine temperamento. certe Ulpianus *l. 10. §. 3. D. de jur. dot.* Fœtus, inquit, dotalium pecorum ad maritum pertinent: quia fructibus computantur. sic tamen, ut suppleri proprietatem prius oporteat, & summissis in locum mortuorum capitum (ex) agnatis, residuum in fructum habeat, quia fructus dotis ad eum pertineat. Ex hisce porro sic infert Ulpianus *l. 7. §. 9. D. h. t.* si maritus oves doti acceperit prope partum, item proximas tonsuræ, post partum, & tonsas oves, protinus divortio factò, non esse causam, cur nihil reddat: & hanc optimam adjungit rationem: quod & hic fructus toto tempore quo curantur, non quo percipiuntur, rationem accipere debemus. Restant pensiones prædiorum cum urbanorum, tum rusticorum. hæ proprie non sunt in fructu: non enim nascuntur ex prædiis; sed veniunt ex nova causa, id est, ex nova obligatione *l. 121. D. de verb. signif.* interim præstant utilitatem eandem fructibus: & cum natura fructus non sint, adhuc civili interpretatione pro fructibus habentur *l. 36. D. de usur.* & ita in præsentia Ulpianus *d. l. 7. §. 1. 2. 3. 8. & 11.* Cæterum qui sunt fructus, non ante habentur tales, quam deducta impenſa, sive a marito, sive a muliere in eum facta sit *d. l. 7. pr.* quæ autem sit talis impenſa, & quomodo æstimanda, tractat Ulpianus *d. l. 7. §. ult. l. 8. §. 1. D. h. t.*

Vidimus, ad quid detur rei uxoriæ actio. videamus, quatenus detur. Ulpianus *l. 12. D. h. t.* exploratum esse ait, maritum non condemnari in solidum; sed in id quod facere potest. convenienter reverentia societatis vitæ quæ inter conjuges fuit. Inde quaesitum, si maritus paciscatur, ne condemnetur in id quod facere possit, sed in solidum; an servandum sit pactum. Pomponius negat; idque & sibi verum videri, Ulpianus ait: præfatus, contra bonos mores esse; quippe cum appareat, esse contra receptam

reverentiam quæ maritis exhibenda est *l. 14. §. 1. D. h. t.* De cætero cum dicimus, maritum tantum condemnari in id quod facere potest, demum placet Pomponio, nisi dolo egerit: ipsumque quemadmodum accipiendum sit, diligenter tractat *l. 18. D. d. t.* Plane personale esse hoc mariti beneficium, Paulus refert *l. 13. d. t.* eaque ratione heredi præstandum esse, negat Ulpianus *l. 12. d. t.* putans, cum persona extingui: potestque huc forsan referri *l. 68. D. de reg. jur.* indicio Inscriptionis, Paulus *lib. singulari De dotis repetitione.* Excipiuntur filii mulieris qui patri heredes extiterunt: nam & hos in id quod facere possunt, condemnandos, Pomponius auctor est *d. l. 18.* idemque est in defensore *l. 14. D. h. t.* Illud prætermitti, noluit Paulus *l. 15. §. 1. D. d. t.* quod heredi mariti, licet in solidum condemnatur, compensationes tamen quæ ad pecuniariam causam respiciunt, proderunt: ut hoc minus sit obligatus. & sequentia ponit exempla: veluti ob res donatas, & amotas, & impensas. an etiam ob mores? Paulus morum, inquit, coercitionem non habet. Ut vero hoc intelligatur; subjiciam, quod postulat ordo mihi propositus, causas quibus dotis repetitio minuatur. eas enumerat Ulpianus *tit. 6. §. 9.* verbis sequentibus: *Retentiones ex dote fiunt, aut propter liberos, aut propter mores, aut propter impensas, aut propter res donatas, aut propter res amotas.* Ulpianus significat, uxori a marito restituendam fuisse dotem integram: nisi marito ex his causis esset retentio: eandemque (quod a Paulo traditum *d. l. 15. §. 1.*) etiam ejus heredi in solidum condemnato fuisse; præterquam quod hic eam non habet ob mores mulieris. videlicet, quia iudicium de moribus pecuniariam causam non respicit, ut illæ superiores *d. l. 15. §. 1.* sed habet publicam utilitatem coercendi malos mores *l. 5. D. de pact. dot.* ita continet vindictam, nec competit heredi vel mariti vel uxoris. optime Constantius *l. 1. Cod. Theod. de dotibus.* De moribus actio ultra personam extendi non potest: nec in heredem dabitur, nec tribuetur heredi.

Dicto, quantum satis, de rei uxoriæ actione, ne debeo quidem oblivisci actionis ex stipulatu: solitæ, præter superiorem, pro dotis restitutione jure civili competere, quamquam non aliter, quam ante de ea facta stipulatione. Sed jus vetus mutavit Imp. Justinianus *l. unic. C. de rei uxoriæ act.* jubens, sublata rei uxoriæ actione, mulieri pro restituenda dote solam deinceps indulgeri ex stipulatu actionem, sive interposita sit a muliere stipulatio, sive non sit. prorsus ut, si omissa palam sit, in ejus honorem Imperatoria providentia adhuc tacite intervenisse intelligatur. Est & alia observatio; quod hæc ex stipulatu actio, cum sua natura sit stricti juris, in proposito quoque ab Imperatore est facta bonæ fidei: qualis olim vel Cicerone teste, *lib. 3. De officiis,* erat actio rei uxoriæ. Nec hoc omittendum, quod Imp. Justinianus ei insuper dedit jus tacitæ hypothecæ; & (ut est in *§. 29. Inst. de action.*) etiam voluit eam aliis creditoribus præferri, cum de dote sua experitur. Vides summam novi juris, eoque plura inducta Veteribus aliter observata, & hic explicanda; nisi ex lectione *d. l. unica* possent intelligi melius.



LIBER VIGESIMVS QVINTVS.

TITULUS I.

De impensis in res dotales factis.

ic Titulus pendet a superiore : in quo dictum fuit , muliere dotem repetente , esse marito variis ex causis & retentionem & petitionem. una locum habet propter impensas : in quibus Ulpiano *l. 3. §. 1. h. t.* duplex est inspectio. nam ait multum interesse , utrum ad perpetuam utilitatem agri , vel ad eam quæ non ad præsentis temporis pertineat ; an vero ad præsentis anni fructum. si in præsentis ; putat , cum fructibus hoc compensandum. idemque docet Paulus *l. 13.* observari in stipendio & tributo ob dotalem fundum præstito : præfatus , hæc impendia onus fructuum esse. Non ita esse , inquit Ulpianus *d. §. 1. l. 3.* si non fuit ad præsens tantum apta erogatio. tum enim necessariis impensis computandum : modo si , ut dixi ,

fiant in ipsas res dotales , & perpetui usus causa *l. 1. §. 2. h. t.*

Interim triplices esse impensas , nempe necessarias , utiles , & voluptarias , intelligitur ex *d. l. 1. §. 1. l. 79. D. de verb. signif.* necessariae definiuntur *d. l. 1. §. 1. d. l. 79. l. ult. h. t.* exempla petere licet ex *d. l. 1. §. 3. l. 2. §. 3. l. 14. h. t.* Utiles quæ sint , exponitur *l. 5. §. ult.* exempla exhibet *l. 6. d. l. 14. §. 1. d. l. 79. §. 1.* voluptarias describit *l. 7. h. t.* exempla sunt in *d. l. 14. §. 2. d. l. 79. §. ult.* Jus mariti quodnam sit in impensis necessariis , discas ex *l. 5. §. 1. l. 15. h. t.* de utilibus jus tradet *d. l. 7. §. 1. §. 8.* in voluptariis quale obtineat , exponit Ulpianus *l. 11.* eique adde *l. 9. §. seq. D. h. t.*

Hæc fuere vetere jure. novo quid constituerit Justinianus , accipe ex *l. unic. §. 5. C. de rei uxor. act.*

TITULUS II.

De actione rerum amotarum.

Titulus hic , De actione rerum amotarum , superioribus commode subicitur : nam ut ob mores & impensas , sic ob res amotas , erat retentio adversus dotis repetitionem. in Edicto perpetuo eo nomine etiam promittebatur a Prætoris actio : ut apparet ex *l. 2. C. h. t.* Hæc mansit , retentione per Justinianum sublata *l. unic. §. 5. C. de rei uxor. act.* Igitur Edictum consideremus. ejus duo fuere capita. prius sic concipio. *Rerum amotarum si agatur , quod uxor res mariti , aut maritus res uxoris , divortii causa , amovisse dicetur , & divortium secutum erit , judicium dabo.* Rationem propositi Edicti Paulus dat egregiam his verbis *l. 1.* Rerum amotarum judicium singulare introductum est adversus eam quæ uxor fuit ; quia non placuit , cum ea furti agere posse ; quibusdam existimantibus , ne quidem furtum eam facere , ut Nerva , Cassio , quia societas viræ quodammodo dominam eam faceret : aliis , ut Sabino & Proculo , furro quidem eam facere , sicuti filia patri faciat , sed furti non esse actionem constituto jure : in qua sententia & Julianus rectissime est.

Igitur actio quam proponit Prætor , in Rubrica & passim vocatur rerum amotarum : desumpto nomine a primis Edicti verbis. Hanc promittit Prætor , rebus mariti ab uxore , aut rebus uxoris a marito , amotis : *l. 2. C. l. 6. §. 2. l. 11. D. h. t.* Dicuntur autem maritus & uxor , constante matrimonio : soluto , non æque. & ideo mulier , si post divortium res mariti contrectet , etiam furti tenetur *l. 3. D. h. t.* Loquitur igitur Prætor de uxore & marito : & quia in his nihil desiderat : sufficit , a viro aut uxore amotas esse res alterius : sive simul , sive separatim habitent *l. 15. D. h. t.* nam vel hoc casu , si invicem habent honorem matrimonii , nuptiæ durant , & maritus & uxor intelliguntur *l. 32. §. 13. D. de donat. int. vir. & uxor.* ita vere Ulpianus *d. l. 15.* ait , rerum amotarum actionem etiam adversus eam competere , quæ subtrahit ex ea domo in qua non simul cum viro habitavit. De concubina videamus. de ea nihil Prætor. proinde si hæc amovit , cessat rerum amotarum actio : magisque est , ut furti agatur , atque hoc jure utimur , inquit

Ulpianus *l. 17. D. h. t.* Idemque putat , ubicumque cessat matrimonium ; puta in ea quæ tutori suo nuplit , vel contra Mandata convenit , vel sicubi alibi cessat matrimonium : ut enim cohabitent , (quod eis licere , quoties non est turpis aut nefaria consuetudo , dictum sub Titulo *De ritu nuptiarum*) tamen neque vir , neque uxor , neque matrimonium , neque divortium , intelligitur : ut autem sit rerum amotarum actio , oportet rem mariti ab uxore , aut rem uxoris a marito , amotam esse divortii causa. Caterum etsi Prætor tantum de uxore & marito loquitur ; ajunt tamen Atilicinus & Fulcinius apud Paulum *l. 6. D. h. t.* socero contra nurum quoque dandum hoc judicium esse. etsi , ut mihi videtur , non indistincte adversus omnem : sed adversus eam quæ filiofamilias nuplit , & ex rebus soceri , vel ex peculio mariti quid divortii causa amoverit. nam ea quæ filio emancipato nuplit , socero furtum facere potest , & furti tenetur actione furti & condictione furtiva *l. 15. §. ult. D. d. t.* contra , quæ filiofamilias nuplit , potest quidem socero facere furtum , sed ei furti non tenetur : sicut in *§. 12. Inst. de oblig. quæ ex delict. nasc.* dicitur de liberis in patris potestate existentibus. & hoc modo accipio Paulum *l. 6. D. h. t.* arbitratus , ejus principium esse junctum cum *§. 1.* explicandum hoc fere modo : *Contra nurum quoque socero hoc judicium dandum , Atilicinus & Fulcinius ajunt.* quando ? quotiens filiofamilias dos data est. qua ratione ? tum enim socerum ob res divortii causa amotas , furti agere non posse.

Igitur promittit Prætor actionem rerum amotarum ; si uxor res mariti , aut maritus res uxoris , amovisse dicatur. Est autem Prætor usus amovendi verbo , ob pudorem matrimonii ; cum posset furti mentionem facere. re vera enim admittitur amotione furtum *l. 21. §. ult. l. 29. D. h. t.* sed res lenitur honestiore vocabulo in honorem matrimonii *l. 1. §. 2. D. h. t.* pari forma qua conjuges , facto divortio , in judicio de moribus dicuntur invicem accusare mores , etiam si invicem accusent crimina. Porro amovere est proprie de loco movere ; nihil aliud. vidit Donatus ad hoc Terentii *Adelph. 4. 2. 14. Age , ego tamen hunc*

hunc amovebo, sic scribens : *Mire amovebo*, dixit : non deterrebo : nam proprie amovetur saxum de loco. Sed amovere hic plenius accipitur : ut etiam contineat res quas mulier divortii tempore comederit, vendiderit, donaverit, aut qualibet ratione consumpserit l. 3. §. 3. D. h. t. consequenter veniunt in actionem rerum amotarum non solum res extantes, verum etiam eæ quæ in rerum natura esse desierunt l. 17. §. 2. d. t. Teneatur porro mulier hac actione ; si res mariti amoverit sive per se ipsa, sive per alium. fac : opem furi tulit l. 20. d. t. aut fures induxit in mariti domum, perque eos amovit : tenetur, etsi res ad eam non pervenit l. 19. d. t. Quid, si servus, cum mulier iniret divortii consilium, ejus jussu amovit res mariti ? Paulus l. 21. §. 1. sic scribit : *Si servus mulieris, jussu domina divortii causa res amoverit, Pedius putat, nec furtum eum facere ; quoniam nihil lucrisui causa contrectet : nec videri furtum facienti opem ferre, cum mulier furtum non faciat ; quamvis servus in facinoribus domino dicto audiens esse non debeat. sed rerum amotarum actio erit.* Sit thema. Mulier per se nihil amovit divortii causa : sed ejus servus dominæ jussu aliquid divortii causa amovit. an marito adversus uxorem competit rerum amotarum actio ? Pedius negabat, hac ratione ; quod, ut mulier rerum amotarum teneatur, revera furtum factum esse debet ; in proposito autem servus non fecit furtum : quia nihil sponte contrectavit dolo malo sui lucrisui causa : contra, quod contrectavit, jussu dominæ contrectavit, cui parere necesse erat. jam vero sine dolo malo & proposito faciendi lucrisui non fit furtum. Atqui opem tulit facienti furtum. Id quoque negabat Pedius ; & movebat eum : quod mulier ipsa nihil contrectavit, etsi jussit quid a servo contrectari : verbis autem sine contrectatione non fit furtum. Igitur non admissio a muliere furto, non putabat Pedius, servum furanti tulisse opem. Poterat scrupulum injicere juris regula : prohibens, servum domino in facinoribus esse dicto audientem. At nec illa confudit Pedium : quod non putabat, admissum a servo esse facinus : nam si quod esset ; id foret furtum. sed non est furtum. præterea constat, servum domino patentem in leviori facinore, parendi necessitate excusari l. 157. D. de regul. jur. Igitur rebus mariti jussu mulieris ab ejus servo divortii consilio amotis sine vitio furisui, Pedius marito non dabat actionem rerum amotarum ; utique directam quæ re vera est de furto, nec alia quam condictio furtiva, quamquam in honorem matrimonii temperatur honestiore vocabulo. Sed nihilominus Paulus intellecto, utique res mariti a servo mulieris esse ejus jussu amotas divortii consilio, & hoc esse sequutum, non iniquum fore arbitratus est, cessante subtili jure directa rerum amotarum actione, adhuc utilem marito dari his verbis : *Sed rerum amotarum actio erit.* sensus Pauli ; Quidquid sedeat Pedio ; mea opinione erit utilis rerum amotarum actio, etsi deficiat directa. quod & evenit in pr. d. l. 21.

Igitur, ut locum habeat rerum amotarum actio, oportet uxorem res mariti, aut maritum res uxoris, constante matrimonio amovisse : at non qualiter qualiter ; sed divortii causa, & hoc secutum esse : hac enim forma conceptum supra fuit Edictum ex l. 25. D. §. l. 2. C. h. t. Voluit igitur Prætor, res amotas esse non simpliciter, sed cogitatione divortii, sive ob causam divortii quod animo voluit, & rebus amotis fecit. Hac ratione dicitur hæc actio oriri ex divortio tantum l. ult. D. de divort. & repud. etiam competere divortii causa l. 17. D. h. t. Ut tamen latius serpit interpretatio provocante æquitate, datur hæc actio etiam ob res a nupta amotas, si eas, cum discederet, celavit d. l. 17. §. 1. quasi videatur has etiam, cum celavit, contrectasse, & divortii causa amovisse, quas marito divortii tempore non reddidit. nihilominus, quia ab initio aliam habuit amovendi causam, magis est hac in specie, ut sit utilis quam directa rerum amotarum actio arg. d. l. 21. Oportet igitur res con-

stante matrimonio esse amotas, sed divortii causa. Quid, si mulier mortis causa res amoverit, deinde mortuus sit maritus ? Julianus l. 22. §. 1. D. h. t. non indulget hanc actionem : sed hereditatis, inquit, petitione vel actione ad exhibendum consequi poterit heres id quod amotum est. Similiter, inquit Paulus l. 6. §. ult. D. d. t. si mortuo viro mulier res amoverit ; aut vindicari poterunt, aut in hereditatis petitionem venient. Ita plurimum interest, utrum mulier quid amoveat divortii, an mortis causa : nam si divortii causa quid aufert, voluit marito furtum facere, spolians eum inimico animo : at si mortis causa quid amovit, non fecit marito furtum : quia hoc non fit, nisi fraudulosa contrectatione : quæ non est, nisi sit qui velit fraudem facere, & sit cui fraus fiat. in proposito autem non voluit mulier marito furtum facere ; si non fuisset moriturus. imo, si putasset victurum, non amovisset ei quidquam. at nec fecit hereditati furtum, quia nulla erat : ac si fuisset aliqua, hereditati non fit furtum. At enim Paulus l. 21. D. h. t. Si, inquit, mulier, cum de viri vita desperasset, subreptis quibusdam rebus divortisset : si convaluerit vir, utilis rerum amotarum actio ei danda est. Sed est species alia, quam in superioribus : nam in d. l. 6. §. ult. proponitur mulier quid amovisse viro mortuo : & in d. l. 22. §. ult. amovit quidem viro vivo mortis causa, sed ei qui deinde fuit mortuus. at in d. l. 21. neutrum incidit : contra dicitur convaluisse vir de quo desperaverat mulier, & deinde divortium esse factum : recteque ait Paulus, si convaluerit vir, utilis rerum amotarum actio ei danda est. utilis, inquam, quia etsi eas ab initio non amovit divortii causa : tamen eas tempore divortii marito non restituit.

Datur igitur actio rerum amotarum, si uxor res mariti, aut maritus res uxoris divortii causa amovit, & divortium post est secutum. Res autem mariti aut uxoris vocat Prætor, quarum dominium maritus aut uxor habet : hæ enim vere sunt ipsius. idem tamen, si quas bona fide possidet : nam vel hæ ejus habentur l. 20. D. h. t. si non jure civili, at jure Prætorio. plus dicam, si uxor amoveat res marito pignori datas, hoc judicio teneri l. 17. §. 3. D. d. t. Qua ratione ? optima hac, quam habet Ulpianus l. 49. D. de verb. signif. Naturaliter, inquit, bona ex eo dicuntur : quod beant, hoc est, beatos faciunt : beare est prodesse. in bonis autem nostris computari sciendum est, non solum quæ dominii nostri sunt, sed & si bona fide a nobis possideantur, vel superficiaria sint. æque bonis annumerabitur, etiam si quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus : nam hæc omnia in bonis esse videntur. Plane, si uxor rem viri ei cui eam vir commodaverat, subripuerit, isque conventus sit : ait Paulus, habiturum eum furisui actionem, quamvis vir habere non possit. l. 28. D. h. t. nec est hæc Pauli definitio a Justiniano mutata l. ult. §. ult. C. de furtis. sunt enim diversæ utriusque species, & diversæ rationes : ut bene animadvertit Franciscus Raguellus, ad Constit. & Decis. Justiniani in expositione d. l. ult. an mutari ab Imperatore debuerit, quod visum Francisco Balduino, Justiniano pag. 188. alia quæstio est.

Promittitur igitur a Prætoribus actio rerum amotarum, si uxor res mariti, aut maritus res uxoris, constante matrimonio divortii causa amoverit ; nec tamen aliter, quam secuto divortio : nam id postulare Prætores, tantum quod demonstratum est ex l. 25. D. h. t. idque, opinor, indigitavit Ulpianus l. 11. d. t. Marcellus, inquit, lib. 8. Digestorum scribit, Sive vir uxorem, sive uxor virum domo expulit, & res amoverunt ; rerum amotarum teneri. Nam cum ait, domo expulit, significat divortium, expulsionem de domo fieri solitum. Tertullianus Apologetic. c. 3. p. 40. Uxorem jam pudicam maritus, jam non Zelotypus ejecit. Apulejus lib. 9. Metamorph. Pistor nuncium remisit uxori, eamque protinus de sua proturbavit domo. Et lib. 5. in divortio Cupidinis & Psyche, Et statim Zephyro præcipit, ultra terminos me domus ejus

ejus afflaret. Liberrus de more faciens divortium, sic ait apud Juvenalem *sat. 6. vers. 146.*

--- *Exi*

Ocyus, & propera. ---

Igitur ut obtineat rerum amotarum actio, non fuit contentus Prætor desiderasse, rem mariti constante matrimonio ab uxore amotam esse divortii causa: sed hoc amplius vult, deinde secutum esse divortium. alioquin si in matrimonio res subtraxerit: negat Marcianus marito adversus uxorem competere rerum amotarum actionem. tantum patitur, eum ipsas res condicere: causatus, jure gentium condici posse res ab his qui non ex justa causa possident *l. 25. D. h. t.* Ita constante matrimonio rerum amotarum actio in conditionem sine causa, vel quod eodem redit, in actionem in factum convertitur, propter rationem adductam in *l. 2. C. d. t.* de qua paulo post. Interim secundum hæc accipienda est nova Justiniani decisio *l. ult. §. ult. C. de furtis*: ut ibi bene observavit Accursius.

Porro ait Prætor, *Actionem dabo.* Hæc actio rerum amotarum vocatur a primis Edicti verbis, estque in personam: pendens quippe a furto, id est, ab obligatione ex delicto: eadem actio in *l. 26. D. h. t.* appellatur condictio; & est in simplum: licet alioquin fur in quadruplum, addo, vel in duplum, condemnatur, secundum regulas furri manifesti aut nec manifesti: quomodo Ruffardus Notis marginalibus accepit *l. 16. D. d. t.* Sic est: rebus divortii causa constante matrimonio amotis, divortio secuto datur a Prætore actio in simplum ejus quod amotum sit: igitur ad rei persecutionem: licet ex delicto nascatur *l. 21. §. 5. D. eod. tit.* Habet certe & damni rationem & commodi, si quod vir rebus amotis amisit *d. l. 21. §. 3. & 4.* quin si mulier res quas amoverit, contumacia sua non reddat; ait Pomponius, æstimari debere, quanti vir in litem jurasset *l. 8. §. 1. d. t.* ea ratione, quam adfert Paulus *l. 9.* quod non æquum est, invitum suo pretio, id est, vero pretio, res suas vendere. & in *l. 10.* addit Pomponius, ideo nec debere eum pro evictione promittere; quod ex contumacia mulieris id ita acciderit. Sed ut agamus cætera, hæc actio datur, sequuto divortio *l. 2. C. h. t.* & quidem statim, etiam ubi actio rei uxoriæ ad restitutionem dotis non datur statim; sed demum annua, bima, trima, die. hoc vult Paulus *d. l. 21. §. 3.* cum ait, eam damnum repræsentare, etiamsi postea dotis exactio competat. repræsentare enim est, præsentie die solve-re, ut apud Suetonium *Claudio c. 34.* notavit Casaubonus. inde repræsentatio, solutio statim facienda sine dilatione *§. 14. Inst. de legatis.* Datur igitur hæc actio statim soluto matrimonio; constante non datur. tum enim agitur leviori actione, id est, actione in factum *l. 2. C. h. t.* vel conditione sine causa *l. 25. D. eod. tit.* videlicet, quia matrimonio constante neque pœnalis, neque famosa, actio in uxorem vel maritum competit *d. l. 2.* Ergone actionem rerum amotarum dicemus famosam vel pœnalem? absit: nam nec condictio furtiva famosa est, licet ex famosa causa pendeat *l. 36. D. de oblig. & act.* multo minus pœnalis habenda est actio rerum amotarum: cum rei persecutoria dicatur *l. 21. §. pen. D. h. t.* Quid ergo indigitat *d. l. 2*? mihi jam visum *Julio Paulo c. 7.* solum velle; quod cum rebus amotis fiat verum furtum, etsi pudoris causa alio nomine utimur; ac furti actio & pœnalis & famosa adversus uxorem constante matrimonio negatur *l. 2. D. h. t. l. 52. D. de furtis*: ideo adversus eam vel hæc denegatur, quæ ut non sit famosa, nec pœnalis, tamen famosam & pœnalem imitatur: nam in quem non datur famosa actio, adversus eum ne quali famosa quidem ulla permittitur *l. 5. l. 7. pr. & §. 1. cum seqq. D. de obseq. par. & patron.*

Exposita natura & ratione actionis rerum amotarum, ultro apparet, cui detur & adversus quem. cum autem jam constet, pendere ab obligatione ex furto: consequens est, inter eas personas habere locum, in-

ter quas illa obligatio est nata; ideoque dari marito aut uxori cujus res amotæ sint, ejusque heredi defunctum post mortem repræsentanti *l. 21. §. 5. D. h. t.* ita Paulus *l. 6. §. 3. D. eod.* Si, inquit, maritus post divortium decesserit, heres ejus rerum amotarum judicio uti potest.

Eadem ratione datur illa actio adversus eum qui amovit, sive maritus, sive uxor, cum esset sui juris. imo, & si filiafamilias res amoverit, ait Paulus *l. 3. §. 4. D. h. t.* Melam & Fulcinium existimasse, vel in ipsam ob res amotas actionem dari. idemque de filiofamilias censet *l. 6. §. 2.* certa ratione; siquidem filiusfamilias, ex omnibus causis tamquam paterfamilias obligatur; & ob id agi cum eo tamquam cum paterfamilias potest *l. 39. D. de oblig. & act.* Sed de patre quæritur, qui filiam in potestate habet: an vel ille de peculio actione teneatur. quærendi causa est: quod pater actione de peculio tenetur ex contractu filia aut filii, ex delicto non tenetur: rebus autem amotis veritate furtum fit *l. pen. D. h. t.* In ea quæstione Paulus *l. 3. §. 4. d. t.* sic scribit: *Si filiafamilias res amoverit, Mela, Fulcinus ajunt, de peculio dandam actionem: quia displicuit, eam furti obligari, vel in ipsam ob res amotas dari actionem.* Sensus est, si filiafamilias res amoverit, Melam & Fulcinium voluisse, vel in ipsam ob res amotas dari actionem, vel adversus patrem de peculio: sed, ut post ostendetur, tantum utilem & quatenus pervenit. nec obstare, quod actio rerum amotarum pendet a furto; cum actio de peculio spectet ad contractus: nam displicuisse, filiamfamilias, propter res amotas, furti obligari. hac igitur ratione rem perinde acceperunt, ac si actio rerum amotarum magis sit ex negotio gesto, quam ex delicto, eoque in peculium conditionem admittat, quatenus ad patrem pervenit: in eaque sententia etiam Julianum fuisse, idem Paulus attestatur *l. pen. D. de condit. furtiv.* Proxima fuit Melæ & Fulcinii deliberatio in *d. l. 3. §. 4.* quid juris sit, si pater adjuncta filia de dote agat, quomodo oportere patrem a marito dotem profectitiam repetere, supra demonstratum est. ajunt autem, dandam ei actionem ad dotis repetitionem: quamquam non aliter, quam ut filiam, si reconveniat rerum amotarum judicio, in solidum & cum satisfactione defendat. Sic, si vivat filia. quid, si mortua sit? constat, peculium ejus morte extinguere, deindeque actionem de peculio tantum intra annum dari. Ait igitur Proculus apud Paulum *d. l. 3. §. 4.* filia mortua, non oportere in patrem rerum amotarum actionem dari, nisi quatenus ex ea re pater locupletior sit, dolove malo (hoc ex Pomponio subjicitur *l. 4.*) fecerit, quo minus ad eum perveniret. imo Papinianus *l. 5.* viva quoque, inquit, filia, quod ad patrem ex rebus amotis pervenit, utili judicio petendum est. Papinianus non dicit, patrem ob res a filia amotas teneri actione directa de peculio: quia actio rerum amotarum venit ex delicto; cum actio de peculio veniat ex contractu. præterea actio directa non datur, quatenus ad patrem pervenit, sed quatenus est in peculio, etsi ad patrem nihil pervenit ex rebus amotis. placuit tamen Papiniano, patrem utili actione teneri, quatenus perveniet: quia rerum amotarum actio, etsi nascatur ex delicto, non tamen spectat ad pœnam, sed ad rei persecutionem: ideoque hætenus quatenus pervenit. quod & probat Ulpianus *l. 3. §. 12. D. de peculio.*

Utrumque erit: apparet, actionem rerum amotarum adversus uxorem dari, si amovit res mariti, aut adversus maritum, si amovit res uxoris: & quidem, quod nunc addendum, in solidum; nec prodelle ei, si facere non possit. ita Paulus *l. 21. §. ult. D. h. t.* & præfatur, id ex furto pendere. Plenius Tryphoninus *l. 52. D. de re judic.* Verbis sequentibus: *Si rerum amotarum cum viro agatur, quamquam videatur ea quoque actio præcedentis societatis vitæ causam habuisse, in solidum condemnari debet: quoniam ex malo contractu & delicto oritur.* Hac igitur actione is qui amovit, tenetur.

An & heres ejus? nemo dubitat. solum quaestioni est, quo modo teneatur. Ulpianus l. 6. §. 4. D. h. t. sic scribit: *Item heres mulieris ex hac causa tenebitur, sicut conditionis nomine ex causa furtiva.* An recte? nam in l. 9. D. de condict. furtiv. Idem, *In conditione furtiva*, inquit, *non pro parte qua pervenit, sed in solidum tenemur, dum soli heredes sumus: pro parte autem heres, pro ea parte pro qua heres est, tenetur.* De conditione autem rerum amotarum Diocletianus & Maximianus l. ult. C. h. t. contra rescripserunt. *De rebus quas divortii causa quondam uxorem tuam abstulisse proponis, rerum amotarum actione contra successores ejus non in solidum, sed in quantum ad eos pervenit; quod si res extant, dominii vindicatione uti prohiberis.* Sic vulgo editur. res postulat, uti non prohiberis. quomodo est in quibusdam libris. Quid dicimus? Ulpianum in d. l. 6. §. 4. inter utramque conditionem facere comparationem, sed aliqualem, non omnimodam: & esse sensum, Quemadmodum conditio furtiva, sic conditio rerum amotarum, in heredes competit: certa ratione. illa ratio est, quod utraque est rei persecutoria, neutra poenalis. Hoc sine stat utriusque comparatio: ultra non procedit. Igitur si quaeratur, quatenus utraque competat adversus heredem? Jam est altera deliberatio: in qua sequens ponendum est dis-

crimen: quod conditio furtiva adversus heredes datur in solidum: conditio rerum amotarum non in solidum datur adversus heredes; sed in hoc tantum, quod ad eos pervenit.

Vidimus prius Edicti caput. quod alterum? non exstant verba. sensum talem fecit Ulpianus l. 11. §. 1. D. h. t. *Qui rerum amotarum instituit actionem, si velit magis jusjurandum deferre, cogitur adversarius jurare, nihil divortii causa amotum esse, dum prius de calumnia juret qui jusjurandum defert.* Sic Ulpianus. at Paulus? ait, actori fuisse permissum, de quibusdam rebus probare, de quibusdam jusjurandum deferre l. 14. D. h. t. Ego ne illud quidem omitto, quod Ulpianus d. l. 11. §. 2. Jurare, inquit, tam vit, quam uxor cogetur. pater autem amoventis jurare non cogitur: cum iniquum sit, de alieno facto alium jurare. Secundum haec jurare cogitur is qui amovisse dicitur; sed heres ejus qui quæve amovisse dicitur, jurare non cogitur. quid si quis velit delatum sibi jusjurandum referre? Ulpianus d. l. 11. §. ult. non videtur, inquit, Prætor permisisse. & in l. 12. subjicitur ex Paulo, non magis, quam si quis ei qui furti agat, jusjurandum deferat, an ipse fur sit. Deferat autem, ait Paulus pro referat: quomodo in l. 24. D. de jurejurando Paulus deferentes dicit pro referentes.

T I T U L U S III.

De agnoscendis & alendis liberis, vel parentibus, vel patronis, vel libertis.

AD primam Tituli partem, De Agnoscendis & alendis liberis, in l. 4. spectat notabile Pauli Fragmentum ex lib. 2. Sententiarum, per multa secula ab Interpretibus Doctis & Claris male intellectum, a me cum locis aliis obscuris ac difficilibus ante annos tres & vixinti novo plane modo illustratum libro singulari quem inscripsi *Julium Paulum, sive de partus expositione & nece apud Veteres*: & verissime, ut creditum a Viris Eximiis. Sed quia Amplissimo Senatori, Cornelio van Bynkershoek, Opusculo De jure occidendi, vendendi, & exponendi liberos apud Romanos, pridem vitum hujus seculi anno decimo nono, meam sententiam vocare in dubium; nolui, occasione præsentis Operum meorum editionis, a me desiderari quidquam quo Jurisprudencia bona fide adjuvari queat. Amica certe responsione (id feci libro nomen) serio, ut oportet, contuli utriusque argumenta: relicto aliis judicio, utrius sententia plus minusve ad probabile accedat. & poterant huic fini sufficere hinc inde dicta. sed postquam placuit Viro Clarissimo, mihi denuo occurrere novo libro quem *Secundas curas* appellat; habui necesse, eum legere. legi autem obiter: non comperiens operæ pretium, ei diu inharere: minus, aliquid reponere adferenti saltem confusam prioris Opusculi repetitionem: de cætero nihil novi, præter cavillationes, maledicta, conviciaque ad rem minime facientia. an Viro Docto atque Honorato convenientia, ipse viderit. ego sponte sectanti vana atque inania non invideo integram se talibus oblectandi exsatiandique libertatem: ipse adversus contumeliam securus: ac malens, animo meo

imitandum proponere hoc Pythagoræ dictum apud Ælianum lib. 12. Var. histor. c. 59. Homini bus duo hæc divinitus data esse pulcherrima, veritatem amplecti, & aliis bene facere.

Hæc de priore Rubricæ parte. quod ad cæteras atinet: suffecerit inspectio l. 5. cum sequentibus omnium sensu sponte manifesto. Nisi de liberis ex incesto, nefario, & damnato complexu natis adhuc notanda sunt in Novella 89. c. ult. sequentia verba: *Primum quidem omnis qui ex complexibus (non enim hoc vocamus nuptias) aut nefarius, aut incestis aut damnatis processerit, iste neque naturalis nominatur, neque alendus est a parentibus, neque habebit quoddam ad presentem legem participium.* Verba hæc esse iniqua & crudelia, nedum impia, quis non putat? nam si est peccatum nefario, incesto, & damnato coitu, ut negari nequit: non est liberorum, sed parentum peccatum. parentes igitur puniantur noxii: at ne puniantur liberi, infelices quidem, sed insones. interim quam putamus Imperatori fuisse rationem aliter statuendi? nulla adfertur, ne color quidem: etsi aliquem habuisse, credibile est. Cogitent Eruditiores; an voluerit Imperator uno hoc in casu rursus permittere jam abrogatum morem exponendi infantes sanguinolentos: hoc prætextu, quasi e re publica esset, hoc modo expungi memoriam sceleris, & aliis quotidiano occursum talium liberorum ad peccandum facile daturi exemplum. Mihi hoc incidit. possum errare, & cupio discere. tu si quid noris rectius: doce. habebo gratias, & habebunt alii.

T I T U L U S IV.

De inspiciendo ventre, custodiendoque partu.

IN hac Rubrica quæ est de inspiciendo custodiendoque ventre, duplex est observatio: una ex Rescripto Divorum Fratrum l. 1. pr. h. t. altera ex Edicto Prætoris. §. 10. d. l. prior permittit marito, si mulier, facto divortio, dissimulet vel neget, se prægnatam esse, eam evocare ad Prætozem, & postulare: ut eli-

gatur domus honestissimæ fœminæ, in quam mulier veniat; & ibi tres obstetrices probatæ & artis & fidei, eam inspiciant: & si quidem omnes vel duæ renuncient, prægnatam videri; ei persuadeatur, ut perinde custodiam admittat, ac si ipsa hoc desiderasset. Si autem omnes vel plures; non esse gravidam

renunciaverint; placet, nullam esse custodiendi causam. Hæc est Rescripti summa l. 1. Ejus interpretatio satis diligens subjicitur ex Ulpiano §. 1. *Et sequentibus.*

Altera Tituli sollicitudo est, quemadmodum ventris inspicere & custodiri debeat; si mulier, marito mortuo, se prægnantem esse denunciaverit his quorum interest propter successionem publice quippe utile est,

partus non subjici, ut ordinum dignitas familiarumque salva sit d. l. 1. §. 13. Arbitratus igitur Prætor ad suam curam pertinere, etiam huic rei prospicere, Edicto proposuit formam qua ventrem inspicere & custodiri oporteat: addita poena, causa cognita, si ea forma observata non sit. Edictum extat in §. 10. d. l. interpretatio vero §. 11. *Et sequentibus.*

TITVLVS V.

Si ventris nomine muliere in possessionem missa, eadem possessio dolo malo ad alium translata esse dicatur.

Soluto matrimonio vel morte vel divortio, cum intelligeretur, prægnantem esse mulierem, & æquisimum videretur, interim ventris curam geri: placuit Prætori, partum etsi nondum natum, propter spem nascendi, in possessionem mittere l. 1. D. de ventr. in possess. mittend. sed non eo minus cavere; ne mulier in possessionem missa ventris nomine, ejus providentia abutatur, possessionem in alium transferens dolo malo. qua de re quæ fuit Edicti forma, videtur

ex Rubrica & l. 1. ita non male repræsentari: Si ventris nomine muliere in possessionem missa, eadem possessio dolo malo ad alium translata esse dicatur, adversus eam, eumve in cujus potestate ea fuerit, quanti actoris interfuerit, actionem dabo. Nec minus eum qui per dolum in possessionem venit, ab ea discedere cogam. Hæc Edicti forma: intellectum datura interpretatio l. 1. & 2. h. t.

TITULUS VI.

Si mulier ventris nomine in possessione calumnie causa esse dicatur.

Non contentus fuit Prætor superiori occurrisse fraudi mulieris in possessionem missæ ventris nomine: hic etiam remedium dedit alteri. Verba Edicti, prout licuit ex Rubrica, & subjecta lege §. 2. 3. & 4. conjicere, fere talia fuere: Si mulier ventris nomine in possessione calumnie causa esse dicatur, adversus eam, quanti agentis interest, intra annum quo primum agendi potestas erit, actionem dabo. etiam adversus parentem, si per eum factum sit, ut in possessionem veniret, actionem dabo. Ulpianus §. 1. Et hoc, inquit, Edictum ex eadem causa proficiscitur, qua superius: debet enim Prætor, quemadmodum facilis est circa bonorum possessionem dandam mulieri ventris nomine, ita calumniam ejus impunitam non relinquere. Quando autem locum habeat hæc actio; prima indicant Edicti verba: Si mulier ventris nomine in possessione calumnie causa esse dicatur. Per calumniam autem in possessione fuisse videtur quæ

sciens prudensque se prægnantem non esse, voluit in possessionem venire §. 2.

Igitur apparet, hanc actionem a Præatore adversus mulierem dari. sed Prætor eam pollicetur quoque adversus parentem; si modo per eum factum sit, ut mulier in possessionem per calumniam veniret d. l. §. 5. & 12.

Competit porro hæc actio ei cujus interfuit, mulierem in possessionem non esse missam: utputa, vel coheredi speranti partum, vel qui substitutus fuit, vel qui ab intestato, si partus non fuisset, succedere potuit d. l. §. 6.

His consequens est, hanc actionem dari, quanti actoris intertuit. d. l. §. 4. Interesse autem quomodo accipiatur, traditur §. 7. & 8. d. l.

Nec omittendum fuit, Prætorem hanc actionem dumtaxat intra annum polliceri; ultra non: videlicet, quasi pœnalem §. 3. d. l.

TITULUS VII.

De concubinis.

Postquam de nuptiis & matrimonio dictum, non debuit silentio præteriri concubinatus. nam is matrimonio adeo similis habitus: ut in l. 3. C. de naturalib. liber. inæquale matrimonium appelletur: & concubina definiatur mulier cum qua vir sine forma matrimonii consuetudinem quasi cum uxore habeat. Ita concubina non est uxor, quippe quæ non habetur honore & affectione maritali l. 31. D. de donat. l. 3. §. 1. D. de donat. int. vir. & uxor. sed in domo nihilominus instar uxoris est, ab eaque sola animi destinatione distinguitur l. 4. D. h. t. Sed hoc ut plenius intelligatur; sciendum est, duplicem esse concubinam: vel enim est concubina in specie, vel pellex. hæc corpus miscet cum viro uxorem habente. illa apud cœlibem uxoris loco in domo est sine nuptiis l. 144. D. de verb. signif. De pellice ita Paulus lib. 2. Sentent. tit. 20. Eo tempore quo quis uxorem habet, concubinam habere non potest. Idem deinde statuit Constantinus: moribus seculi, nimis aucta illa, ut videtur, mollitie, occurrens Lege scripta ad Populum quæ est l. unica C. h. t. Cæterum hominis

liberi sive cœlibis consuetudo cum concubina, a Justiniano licita appellatur l. 5. C. Ad Senatusc. Orphit. non quasi laudetur: sed (quod ab Ulpiano observatum l. 3. §. 1. D. h. t.) magis extra pœnam Legis Juliæ relinquatur: ut multa alia, majoris mali evitandi gratia, in republica permitti, notavi supra sub Titulo, De legibus. Aliquos torquet hoc Marcelli l. 41. §. 1. D. de ritu nupt. Et si qua se in concubinatu alterius, quam patroni tradidisset, matrisfamilias honestatem non habuisse dico. Sed hos scire oportet, honestatem a Marcello sumi pro dignitate, nec cum infamia committi, sed cum humilitate: quomodo in §. 4. Inst. de public. judic. & l. 38. §. 3. D. de pœnis. honestiores opponuntur humilibus, & in l. 1. §. 1. D. de effraCTORIB. plebejis. Esset mihi copia, etiam a Petronio aliisque petere testimonia, nisi hæc sufficerent. tamen non omitam Plinium lib. 35. Nat. hist. c. 35. de pictura ita pulchre scribentem: Semper quidem, inquit, honos ei fuit, ut ingenui eam excernerent, mox ut honesti: perpetuo interdicto, ne ser vitia docerentur. Secundum hæc igitur Marcello (quod præ-

præclare animadvertit Collega meus, Petrus Burman-
nus V. CL. quem honoris causa appello, *Notis ad*
Petronium c. 55. pag. 266.) infamis non est concu-
bina, quantumvis illi neget dignitatem matrisfami-
lias: ac juvat Marcellum Ulpianus *l. 49. §. 4. D. de*
legat. lib. 3. arbitratus, inter concubinam & uxorem,
nisi dignitate, nihil interesse. quid, si hoc Marcello
d. l. 41. §. 1. placet demum, si liberta se in alterius,
quam patroni, concubinarum tradidisset: alioquin
per causam officii excusari ab imminutione matrona-
lis honestatis. Estque ejus observationis notabilis hic
effectus, quem indicant sequentia Ulpiani verba
l. 13. D. Ad Leg. Jul. de adult. Si uxor non fuerit in
adulterio, concubina tamen fuit: jure quidem mariti
accusare eam non poterit quæ uxor non fuit: jure ta-
men extranei accusationem instituire non prohibebi-
tur: si modo ea sit, quæ in concubinato se dando, ma-
trona nomen non amisit: ut puta quæ patroni concubi-
na fuit.

Est igitur concubinatus (ut redeam ad propositum)
licita consuetudo: præterquam si legibus aut mori-
bus justa ex causa prohibeatur. exemplum in Cleri-
cis: quibus concubinarum interdicere Justinianus
Novell. 5. c. 8. cum cæteris indulget: modo una
sunt contenti concubina. multitudinem non probat:
quin eum qui plures habet, odibilem appellat *No-*
vell. 18. c. 5. Sed non a Justiniano cœpit temperamen-
tum circa concubinas. etiam ante obtinuit: & sunt
exempla sub hoc Titulo complura. Initium sumam a
l. 1. §. 3. h. t. in qua hæc extant Ulpiani verba: *Si*
quæ in patroni fuit concubina, deinde in filii esse cœ-
pit, vel in nepotis, vel contra: non puto eam recte fa-
cere: quia prope nefaria est hujusmodi conjunctio, &
ideo hujusmodi facinus prohibendum est. Aliud exem-
plum accipe ex sequentibus verbis Ulpiani in *d. l. 1.*
§. ult. Cujuscumque ætatis concubinam habere posse
palam est: nisi minor annis duodecim sit. Nimirum,
quia ante annum duodecimum mulier non est matu-
ra viro: nec ei ante permittitur matrimonium. cur
ante permittatur concubinatus? Sed cum quæritur,
an in concubinato esse possit mulier: una est inspe-
ctio, an esse prohibeatur. talis venit in hoc Ulpiani
d. l. 1. §. 2. h. t. Qui autem damnatam adulterii in
concubinato habuit, non puto Lege Julia de adulteriis
generi: quamvis si uxorem eam duxisset teneretur.
Quæstio est, an in concubinato haberi possit adulterii
damnata Lege Julia? causa quærendi, quod ea Lege
prohibetur duci uxor; & qui duxit, pro adultero pu-
nitur: ut traditum *l. 37. §. 1. D. de minorib. & l. 9.*
C. Ad Leg. Jul. de adult. quam emendavi & explicui
Dioclet. & Maxim. c. 16. Quid Ulpianus? putat,
adulterii damnatam Lege Julia posse in concubinato
haberi: quia Lex quidem prohibet, eam uxorem
duci: sed de concubinato silet. potest igitur damnata
adulterii in concubinato haberi sine metu Legis, sed
in matrimonio haberi non potest. Similis est dubi-
tatio in hoc Pauli *l. ult. D. h. t. Concubinam ex ea*
provincia in qua quis aliquid administrat, habere po-
test. Non opus interpretatione: quando Mandatis
Principis prohibitum quidem hac in specie reperitur
matrimonium: at prohibitum non reperitur concu-
binatus. Quas dedi species, fuere mulierum quarum
prohibitum erat matrimonium. videamus reliquas.
Et quidem Modestinus *l. 34. D. Ad Leg. Jul. de ad-*
ult. Stuprum, inquit, *committit qui liberam mulie-*
rem consuetudinis causa, non matrimonii, continet:
excepta videlicet concubina. Modestinus non est ac-
cipiendus de omni libera muliere. ne puta. Clare
Ulpianus *l. 1. §. 1. D. h. t. Cum Atilicino sentio &*
puto, solas eas in concubinato habere posse sine metu

criminis, in quas stuprum non admittitur. Attingit
tales Ovidius *lib. 1. De arte amandi vers. 30.*

Este procul vitta tennes, insigne pudoris;
Quæque tegis medios instita longa pedes.
Nos Venerem iutam, concessaque furta canemus:
Inque meo nullum carmine crimen erit.

Sed quæ illæ? Marcianus *l. 3. d. t.* sic tradit: *In*
concubinato potest esse & aliena liberta & ingenua, &
maxime ea quæ obscuro loco nata est, vel quæstum cor-
pore fecit: alioquin si honesta vita & ingenuam mu-
liorem in concubinato habere maluerit, sine testatio-
ne hoc manifestum faciente non conceditur: sed ne-
cesse est ei, vel uxorem eam habere, vel hoc recusantem
stuprum cum ea committere. Locus est impedi-
tissimus. sed dicam, quid mihi inciderit, omittis quæ
ab aliis adferuntur. Primum pro certo ponit Marcia-
nus, libertam propriam a patrono jure sumi in con-
cubinato; & ipse in antecessum dixi, eam non
amittere dignitatem matrisfamilias. Deinde ait Mar-
cianus, & alienam libertam posse in concubinato
haberi; sed puta cum hoc discrimine, quod ista non
retinet honestatem matrisfamilias. Postremo refert,
& ingenuam mulierem jure licito accipi in concubi-
nato: non quidem omnem, sed obscuro loco na-
tam, vel quæ quæstum corpore fecit. Qua ratione?
quia tam huic, quam libertæ, licuit apud Aediles pro-
fiteri artem meretriciam, evitandæ pœnæ adulterii
aut stupri gratia. quid ni igitur in concubinato utra-
que habeatur sine metu criminis: facile obtinente
ratione, ei cui plus indulgetur, etiam quod minus est,
concedi. Sed in muliere honestæ vitæ & ingenua ali-
ter, opinor, fuit propter Senatusconsultum quo
etiam honestioribus fœminis impudicitiam palam
prostitentibus, inter cætera cautum fuisse, (præter
Suetonium Tiberio *c. 35.* & Papinianum *l. 10. §. 2.*
D. Ad Leg. Jul. de adult.) memorat Tacitus *lib. 2.*
Annal. c. 85. Ne quæstum corpore faceret cui avus,
aut pater, aut maritus, eques Romanus fuisset. Se-
cundum hoc igitur Marcianus, Si, inquit, *honestæ*
vitæ & ingenuam mulierem in concubinato habere
maluerit, sine testatione hoc manifestum faciente non
conceditur. Marcianus significat, nemini concedi,
puto, Senatusconsulto quo de monui, mulierem in-
genuam honestæ vitæ, id est, mulierem non humi-
lem, sed cujus avus, aut pater, aut maritus, eques
Romanus fuit, domi continere consuetudinis causa,
sine testatione hoc manifestum faciente, id est, sine
matrimonio; sive palam coram vicinis aut aliis testi-
bus non declarato, se illam domi habere liberorum
procreandorum gratia: id enim hac loquendi for-
ma indigitari, & inter impares personas observari,
demonstravi jam supra sub Titulo, *De ritu nuptia-*
rum. idemque sequente versu fortissime evincit hæc
Marciani sive illatio sive conclusio: *Sed necesse*
est ei, vel uxorem eam habere, vel hoc
recusantem stuprum cum ea
committere.



LIBER VIGESIMUSSEXTO.

TITULUS I.

De tutelis.



TUTELA qua de acturus sum hoc & sequente libro, a tuendo dicta est. Tueri autem Varro *lib. 6. De ling. Latin.* ait, duo significare: unum ab adspectu: alterum a curando ac tutela: ut cum dicimus, bellum tueor, & tueri villam: a quo etiam quidam, sic pergit, dicunt illum qui curat aedes sacras, Aedituum, non Aeditum. sed tamen hoc ipsum ab eadem profectum est origine: quod quem volumus domum curare, dicimus, tu domi videbis, ut Plautus, cum ait, Intus para, cura, vide, quod opus fiat. Tueri ergo est videre, item servare, curare, custodire, defendere: ut & Nonius probat. Inde tutores quasi tuitores, seu defensores appellantur. tutela vero defensionem, curam, conservationemque notat. Hoc sensu sumitur in illo Horatii *lib. 2. Sat. 2.*

--- Interdicto huic omne adimat ius
Prator, & ad sanos abeat tutela propinquos.

Hæc lata & naturalis tutelæ significatio est. at strictius sumitur in Jure Civili: ibi definitur a Servio apud Paulum *l. 1. D. h. t. Vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum qui*, propter ætatem, se defendere nequit, jure civili data ac permessa. Primum ait Servius, quod tutela est *vis ac potestas*. & est frequens hæc conjunctio verborum idem significantium. Apud Tacitum *lib. 2. Histor. c. 29. Honor imperii penes Titianum fratrem: vis ac potestas penes Proculum Præfectum*. A. Gellius *lib. 5. Noct. Attic. c. 19. ait*, Tutoribus in pupillum esse auctoritatem potestatemque. Deinde ait Servius, *In capite libero*: id est, in pupillo. Vidit Cornutus, aut quisquis fuit Vetus Persii Interpres, ad illum versum, *Magni pupille Pericli*: sic scribens: *Tutores dicunt pupillos suos, quorum tutelam gerunt: quod tutela sit potestas in pupillos, auctore Servio Sulpitio*. Nec resistit loquendi forma, *In capite libero*. est enim par hæc Legis xii Tabularum apud Ciceronem *lib. 2. De inventione c. 50. Si furiosus est, agnatum gentiliumque in eo pecuniaque ejus potestas esto*. Apud Gellium quoque *d. c. 19: Uti vitæ necisque potestas in eo fiet, uti patriendo filio est*. Est igitur tutela vis ac potestas in capite libero, id est, pupillo. Dicitur autem *caput liberum* apud Veteres pro homine libero: ut in hoc Gellii *d. loc. Tutoribus in pupillos tantam esse auctoritatem potestatemque, fas non est, ut caput liberum fidei suæ commissum aliena potestati subiciant*. Nec aliter Ulpianus *tit. xi. §. 5. Qui*, inquit, *liberum caput mancipatum sibi vel a patre, vel a coemptore manumisit, per similitudinem patroni tutor efficitur*. Ait porro Servius, *Ad tuendum eum*. Grammaticæ dicendum erat, *ad tuendum id*. Sed non est insolens Veteribus, in sermone facere relationem ad verborum sensum, non ad verba quibus is sensus continetur. id suis exemplis ostendi *lib. 1. Observ. c. 4. in fin.* Sensus igitur Servii est: Tutela est vis ac potestas in homine libero, ad tuendum eum qui per ætatem se defendere non potest. In cenfeo, & explicandum Servium ex usu sui temporis: quo tutela pupillorum a tutela muliebri per ætem distinguebatur: ut in hoc Ulpiani, *Tit. xi. §. 1. Tutores*

constituuntur tam masculis, quam feminis, sed masculis quidem impuberibus dumtaxat propter ætatis infirmitatem: feminis autem tam impuberibus, quam puberibus & propter sexus infirmitatem, & propter forensium rerum imperitiam. Ab eadem causa etiam Servius simpliciter dixit, *propter ætatem*: nec addidit *impuberem*: quia quo tempore florebat Servius, nemo, præter pupillum, id est, impuberem patremfamilias, propter ætatem defensorem accipiebat: ne minor quidem pro tuendis ejus bonis: minoris cura propter ætatem tum adhuc incognita, & diu post inventa demum a Divo Marco: ut suo loco dicitur. Nec tamen nego, esse differentiam inter tutelam & curam. nam curator in primis datur puberi, sed minori viginti quinque annis, datur etiam majori, sed animi aut corporis vicio laboranti. tutor autem impuberi tantum datur *l. 3. D. h. t.* præterea datur curator bonis præsertim; tutor personæ præficitur *§. 4. Inst. Qui testam. tutor. dari poss. §. 2. Inst. de curatorib.* Inde libera est minoris persona *l. 20. D. de ritu nupt. l. 8. C. de nuptiis*. pupilli non est. Ab hac causa Poppæa (ut refert Tacitus *lib. 14. Annal. c. 1.*) Neronem vocat pupillum: qui jussis alienis obnoxius, non modo imperii, sed libertatis etiam, indigeret. Sic quantum ad minoris personam attinet: nam ad bonorum administrationem respicientibus post Constitutionem D. Marci, de qua postea, sub curatore constitutus, non absimilis habetur prodigo cui curatore dato a Præatore bonis interdictum est *l. 3. C. de in integrum restit. minor.* quum sine curatore agens, dicatur paterfamilias pubes suæ potestatis *l. 43. D. de oblig. & act. vel sui juris l. 20. D. de novation.* Postrema definitionis verba, *jure civili data ac permessa*, indicant, tutelam, cum originem habeat a jure naturali volente, eum qui non sit perfectæ ætatis, alterius tutela regi *§. pen. Inst. de Atiliano tutore*. formam certam jure civili, id est, Prudentum disputatione *l. 2. §. 5. D. de origine juris*, accepisse. Sic mihi videtur; & meminit forinæ antiquitus constitutæ Ulpianus *l. 5. §. 7. D. de administratione tutorum*.

Hæc tutela Justiniano *l. 52. C. de Episcopis & Clericis* est triplex: testamentaria, legitima, & dativa. eo quod tutela aut testamento, aut lege, aut a Magistratu deferretur. Potest tamen tutela etiam scindi in partes duas: ut altera sit legitima, altera dativa *l. ult. C. de legitim. tut.* Sed dativa hoc modo est rursus vel testamentaria, vel Atiliana. nimirum legitimos tutores nemo dat, sed Lex xii. Tabularum eos fecit tutores *l. 5. D. de legitim. tutor.* at testamentarii tutores, (ut Ulpianus scribit *tit. xi. §. testamento quoque*) dativi sunt: nec minus a Præatore dati eo nomine veniunt *d. l. 52. d. l. ult. l. 7. D. Rem pupilli salv. for.* quamquam & Atiliani vocentur in *pr. Inst. de Atilian. tutor.*



TITULUS II.

De testamentaria tutela.

Prima causa est tutelæ testamentariæ, quam ex Duodecim Tabulis ad hunc modum repræsentat Ulpianus tit. xi. §. 5. *Uti legassit super pecunia tutelave rei sue, ita ius esto.* Mihi vero proclive est, credere verba, *sue rei*, non esse Legis, neque Ulpiani: sed alicujus Studiosi juris: qui ad marginem sui libri annotaverat, partem Legis alibi (ut apud Pomponium l. 120. D. de verborum significatione, & Justinianum in pr. Inst. de lege Falcidia) hac prodi forma: *Uti legassit sue rei.* eaque deinde errore Librarii irrepsisse in contextum. est enim certus auctor Paulus l. 53. D. de verbor. signific. Legem dixisse, *Uti legassit super pecunia tutelave sua.* ausim igitur Legem sic restituere. *Paterfamilias uti legassit super pecunia tutelave sua, ita ius esto.* Sic conjeci lib. 2. Observ. c. 19: & optimo Pauli testimonio, simul argumentis ad probationem indubitat; quæ hic repetere, nihil attinet.

Igitur veniam ad interpretationem Legis: secutus partitionem Modestini in l. 1. §. 1. D. de confirmando tutore: dicentis, esse tutores qui in testamento recte dantur: hoc est, a quibus oportet, & quibus oportet, & quo modo oportet, & ubi oportet. Primum dicam, a quibus, & quibus tutorem dari oporteat. Is qui tutorem dat, est paterfamilias. sicut enim sonant Legis verba, *Paterfamilias uti legassit super pecunia tutelave sua.* Pater autem familias, ut Ulpianus ait l. 195. §. 2. D. de verborum significatione, est qui in domo dominium habet; recteque hoc nomine appellatur, quamvis filium non habet. non enim solum personam ejus, sed & jus demonstramus.

Is paterfamilias ex permisso Legis tutorem dat liberis suis; non indistincte quidem omnibus; sed demum his qui ei sint sui heredes tempore mortis. sic definivit Q. Mucius libro singulari de iur. & convenienter Legi XII. Tabularum. verba Q. Mucii in l. 73. §. 1. D. de regulis juris hæc sunt. *Nemo potest tutorem dare cuiquam, nisi ei quem in suis heredibus, cum moritur habet, habiturusve esset, si vixisset.* Hoc qua ratione factum sit, hætenus nemo demonstravit; & Lex simpliciter ait, *Uti legassit super pecunia tutelave sua.* Mihi in rationem inquirenti hæc succurrit d. c. 19. lib. 2. Observ. quod pater & filius in ejus domo & potestate existens, pro una persona habentur jure civili: usque adeo, ut filius, vivo patre, cum eo quodammodo dominus intelligatur, & post ejus mortem non tam hereditatem percipere, quam jam liberam honorum administrationem consequi. id docet Pomponius l. 11. D. de liberis & posthumis: nec minus Lactantius, lib. 4. Divin. Inst. c. 29. Cum quis, inquit, habet filium quem unice diligit, qui tamen sit in domo & manu patris, licet ei nomen domini potestatemque concedat, civili tamen jure & domus una & unus dominus nominatur. Hanc patris & filii, qui in ejus familia & potestate sit, unitatem Lex indigitat; cum ait, *Uti legassit super pecunia tutelave sua.* eaque, opinor, sit: ut possit quidem pater liberis suis impuberibus, sed non aliis, quam qui ei sint sui heredes, testamento tutorem dare: eo quod Lex ei permisit, de pecunia tutelave sua legare.

Ex hoc fonte Gajus l. 1. pr. & §. 2. D. h. t. ait, parentibus Lege XII. Tabularum permillum esse liberis suis, siue fœminini, siue masculini sexus, si modo in potestate sint, tutores testamento dare: idque verum esse in filiis & filiabus omnimodo: in nepotibus vero & neptibus ita demum, si post mortem avi in potestatem patris sui recasuri non sunt. Et recte: nam ubi filius gradu præcedit, solus habet jura sui heredis, quamvis nepos quoque in eadem potestate sit. sed si filius vivo avo moriatur, aut alia qualibet ratione de potestate ejus exeat, incipit nepos in ejus locum

succedere, & eo modo jura suorum heredum quasi adgnascendo nancisci.

Igitur effectum est, patri competere tutoris dandi facultatem: modo cum det eis quos, ut monui ex Q. Mucio, in suis heredibus, cum moreretur, habuit; aut habiturus esset, si vixisset. nec est dubium, quin postremis Q. Mucii verbis posthumi designentur. alioquin poterat ambigi, an nondum natis jure tutor a patre daretur: quia poterat quæri, an qui nondum essent nati, patri, cum moreretur, essent sui heredes. Sed placuit Q. Mucio, posthumum tutorem dari: modo, ut Gajus ait, in ea causa sit, ut natus vivo patre, in ejus potestate futurus, neque testamentum rupturus esset d. l. 1. §. 1. id est, si vel heres esset institutus, vel tute exheredatus: tum enim non rumpi testamentum, constat. Caterum cur æque posthumus, ac jam nato, tutor dari possit, ratio hæc est: quod tutela ad pupilli utilitatem spectat §. 4. Inst. de tutelis. in eo autem qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset, custoditur, quoties de commodo ipsius partus quæritur; quamquam alii, antequam nascatur, nequaquam prodest l. 7. D. de statu hominum. l. 231. & l. 161. D. de verbor. signif. Datur igitur posthumus tutor; non tamen ut pupillo jam nato, sed ut posthumus nascituro. & est ejus distinctionis effectus: ut tutela pendeat usque ad nativitatem posthumi: tandiu incerto, utrum futura sit e re posthumi. ita, si incolumis nascatur posthumus, locum habet tutelæ actio; sin mortuus prodeat, tantum negotiorum gestorum, non tutelæ, actio competit l. 19. §. 2. D. h. t. l. 29. D. de negotiis gestis.

Hoc loco & illa occurrit quæstio: utrum tutor testamento detur filio tantum heredi instituto, an etiam exheredato. ea autem quæstio huc exit: an filius exheredatione desinat patri esse suus heres? quod non puto: siue ad definitionem sui heredis, siue ad ejus jus, specto. Primum quod ad definitionem attinet: constat, eum qui in domo & familia patris est gradu proximus, suum heredem appellari §. 2. Inst. de hered. qualitat. & differ. quin autem in patris potestate, eo vivo, sit filius exheredatus, vix dubitari potest: siquidem exheredatio non est modus solvendæ patriæ potestatis. imo ne vim quidem habet, vivo patre. fit enim testamento: quod demum morte, & subsequuta aditione, confirmatur. Igitur quamdiu vivit pater, tandiu filius, quamvis exheredatus, in ejus potestate est: nec minus in familia gradu proximus habetur: quia in ea nemo eum antecedit; & hoc ut suus heres sit, sufficit. Satis de definitione. Venio ad effecta. Primum verum est, exheredatum filium tempore paternæ mortis obstat nepoti ex se nato, quo minus ad avi hereditatem admittatur, & ejus testamentum rumpat veluti adgnatione l. 6. pr. D. de injusto, rupto, irritato facto testam. l. 9. §. 2. D. de liberis & posthumis. l. 4. §. 2. D. de bonor. possess. cont. tabul. quid autem certius, quam fuisse nepotem in locum patris sui venturum, si propter exheredationem, suus esse desiisset? Deinde constat, filio exheredato, perinde ut instituto, pupillariter substitui §. 4. Inst. de pupill. subst. nec tamen potest aliis pupillariter substitui, quam suis heredibus. Aliquis contra moveat, exheredari jus abscissum esse, ipsum pro mortuo haberi, & cum heres non sit, ne suum quidem heredem existere l. 1. §. 10. D. de suis & legitim. heredib. l. 1. §. 5. D. de conjungend. cum emancip. liber. ejus. l. 9. §. 2. D. de liber. & posthum. hered. Sed videamus: ne hæc contingant a morte patris, atque adita hereditate. ut autem filius patris testamento accipiat tutorem; sufficit, cum patri suum heredem tempore mortis fuisse: ut supra probatum. Mitto argumenta; quid enim

his opus? clare Papinianus *l. 26. §. 2. D. h. t.* Ecce: pater filio exheredato dedit tutorem, patre mortuo, & hereditate ex testamento addita; quæsitum est, quo auctore debeat filius experiri, moturus querelam de inofficioso; utrum legitimo tutore, an testamentario? non enim videbatur testamentario esse locus, quamdiu rescindi poterat testamentum: nec magis legitimo, quamdiu spes erat, testamentarium fore tutorem, confirmato testamento. ita quia poterat fieri; ut rescinderetur testamentum; etiam, ut non rescinderetur: in hoc incerto fuit optimum factu, tutorem testamento datum, a Prætoris confirmari: ut auctoritatem de ordinanda lite interim interponat, tamquam si esset tutor iustus: & deinde eventus finiat, utrum ex patris testamento, an ex Prætoris decreto auctoritatem interposuerit. prius eveniet, si pro testamento pronuncietur adversus filium: posterius, si pro filio pronuncietur adversus testamentum. quod si est: apparet, confirmato testamento, supervacuum esse Prætoris decretum, & tutorem vel exheredato filio patris testamento recte datum fuisse. Sed incurrit duplex difficultas: una a *l. 4. h. t.* altera a *l. 53. D. de verborum significatione.* De posteriore in sequentibus agam suo loco. quod vero ad priorem attinet: in ea tenendum est, desumptam esse ex Modestini *lib. 7. Differentiarum*: ab eoque duplicem indicari differentiam inter tutorem a patre & tutorem a matre datum. una est: quod pater tutorem dat filio tam exheredato, quam instituto. mater contra tutorem dat filio tantum heredi instituto, non etiam exheredato. & rationem addit Modestinus: quod mater filio dat tutorem magis in rem, quam in personam. pater magis in personam, quam in rem. altera differentia est: quod oportet inquiri in tutorem a matre datum: nempe, quod a matre datus, non jure datus est. & tamē conceditur pietati matris tutorem dantis filio instituto; ut tutor datus a Prætoris confirmetur: etsi non sine inquisitione in ejus mores & facultates. quod non ita esse in tutore a patre dato, quamvis minus jure, bene observat Modestinus. dicit autem, tutorem non jure a patre datum: non, si sit exheredato datus: (nam contrarium est demonstratum) sed si datus sit non iusto, id est, non solemni, testamento, aut non ut Lege præcipiebatur *l. 3. D. de confirmando tutore*, cujus complura exempla idem dat Modestinus *l. 1. §. 1. D. eod. tit.* igitur a patre datus tutor non jure, sine inquisitione confirmatur: nisi si causa propter quam datus videbatur, in eo mutata sit, veluti si ex amico inimicus, vel ex divite pauperior effectus sit. Cæterum si apparet, durasse voluntatem patris: nihil ultra inquitur.

Vult ergo Lex, patremfamilias demum liberis im-
puberibus, qui ei sui heredes sint, vel si vixisset, futuri
essent, tempore mortis, in testamento tutorem da-
re. quod si est; apparet, in patre qui velit filio eman-
cipato tutorem dare, itemque in matre, patruo, pa-
trono, & extraneo quolibet, aliter observari *l. 69. §. 2. D. de legatis lib. 2.* Illud non omitam; quod
Lex permittens, tutorem testamento dari suis heredi-
bus, tantum ipsis dari permittit, non ipsorum bo-
nis, si rebus aut causis: propterea quod dixit, *Uti
legassit super pecunia tutelave sua*: non, *super pecu-
nia tutelave sue rei*: ut in antecessum demonstravi.
Atque hoc adeo placuit: ut tradita sit quasi per ma-
nus regula *l. 12. 13. 14. & 15. D. h. t. Certarum re-
rum vel causarum testamento tutor dari non potest.* Et
additur, *Nec deductis rebus*: per interpretationem
nempe, quasi adscriptæ non essent. Ergo sequitur:
*Et si datus fuerit, tota datio non valebit: quia perso-
na, non rei vel cause datur.* Sed observandum, quod
subjicitur: *Si tamen tutor detur rei Africana vel rei
Syriatica: utilis datio est.* Qua ratione: *Hoc enim
jure utimur.* Notanda hæc loquendi forma elegans
& frequens apud Veteres: cum significant, aliquid
placuisse quidem certa juris regula: sed post multas
variationes usu tandem contrarium obtinuisse. ani-

madverti hoc cum *lib. 1. Probabil. c. 2. & 3.* tum
alibi sæpe.

Dixi a quibus & quibus debeat tutor dari. porro
dicam, quo modo eum dari oporteat. Ait Lex, *Uti
legassit.* Est autem *Legatum*, ut Ulpianus interpreta-
tur in *Fragm. tit. 24.* quod legis modo, id est, impe-
rative testamento relinquitur: & addit Ulpianus, ea
quæ precativo modo relinquuntur, fideicommissa
vocari. Secundum hoc debet tutor a patre verbis di-
rectis & imperativis dari hoc modo, Tutor esto, vel
Tutorem do. Quod si precariis verbis usus sit, non
valet: quia Lex dixit, *Uti legassit* non, *Uti rogassit*,
Uti porro verbum late patet: uti enim est, quocum-
que modo. Vidit Pomponius *l. 120. D. de verb. si-
gnif.* sic scribens: *Verbis Legis XII Tabularum his,
Uti legassit suæ rei, ita jus esto, latissima potestas tri-
buta videtur & heredes instituendi & legata & liber-
tates dandi, tutelas quoque constituendi. sed* (quod
addit Pomponius) *id interpretatione coangustatum
est vel legum, vel auctoritate jura constituentium.*
De utraque re pauca quæ occurrunt, attingam. Quod
ad Legis latitudinem attinet: hanc animadverti par-
tim in personis quæ tutores dantur, partim in con-
stituendi forma & modo. De personis Paulus *l. 20. §. 1. D. h. t.* Testamento, inquit, quemlibet possu-
mus tutorem dare, id est, non modo agnatos, aut
gentiles, sed etiam cognatos: imo alium quemlibet
extraneum: sive privatae conditionis, sive Prætor, sive
Consul sit: & rationem hanc addit, quia Lex XII
Tabularum id confirmat, id est, quia sine distinctio-
ne jubet, *uti legassit*, ita jus esse. Similiter quæsitum
fuit, an non ejusdem civitatis cives testamento quis
tutores dare possit? & respondit Paulus, posse *l. 32. D. h. t.* nempe quia & hoc sinunt lata Legis verba,
Uti legassit. Præterea ait Justinianus, quod tutor dari
potest non solum paterfamilias, sed etiam filiusfami-
lias *pr. Inst. Qui test. tut. dar. poss.* tam enim hic,
quam ille, latitudine Legis continetur. Eadem ratio-
ne placet, quod Ulpianus *l. 16. §. 3. D. h. t.* scribit,
Si testamento tutor detur furiosus, si quidem, Cum
furere desierit; tutorem esse recte datum, Proculum
existimare. quod si pure datus sit: negare Proculum,
valere dationem. Sed esse verius, quod & Pompo-
nius ait, recte datum videri, & tunc fore tutorem,
cum sapere cœperit. quid si furor sit tantus, ut tolli
nequeat? adhuc jure datus est tutor: sed quia in mor-
bum soniticum abijt furor; æquum est, remittere offi-
cii qualiscumque necessitatem *l. 39. §. 1. & l. 46. D. de judiciis.* Non minus observatur latitudo verbo-
rum, *Uti legassit*, circa modum & formam dandi
tutoris. nam ne hic quidem distinguit Lex: ab hac
igitur causa Ulpianus in *l. 8. §. 2. D. h. t.* Tutorem,
inquit, & a certo tempore dare, & usque ad certum
tempus licet; & sub conditione, & usque ad condi-
tionem. Justinianus *§. 3. Inst. h. t.* addit, etiam ante
heredis institutionem dari: & de eo, inquit, non du-
bitari; ac forte possit pro ratione cedere; quod in
hunc modum scribit Paulus *l. 7. D. h. t. Tutores non
ab herede, sed a testatore potius proficiuntur, simul
atque aliquis heres extitisset. nam & ipse heres tutor
dari potest; & post mortem heredis tutor recte dari
potest.*

Indicavi, quantum proposito sufficit, latitudinem
Legis. nunc paucis agam, quemadmodum sit coan-
gustata. igitur etsi amplissima sint Legis verba, *Uti le-
gassit*: placet tamen, solos dari tutores, cum quibus
est testamenti factio *l. 21. D. h. t.* imo vel ab his exci-
pitur Latinus Junianus. nam is habet quidem testa-
menti factionem: sed tamen tutor dari non potest;
quia Lex Junia prohibet: auctore Ulpiano in *Fragm.
tit. xi. §. 16.* Possit quoque huc trahi quod ex *lib. 3. Regularum* Neratii ita legitur in *l. ult. D. de tutelis*,
Fœminæ tutores dare non possunt: quia id munus
masculorum est: nisi a Principe filiorum tutelæ spe-
cialiter postulent. Præter hæc visum Veteribus, ea
verba, *uti legassit*, sic accipere, quasi dixisset Lex, *uti*
certo

certo consilio legasset. & est causa interpretationis : quod aequum creditum est , quem certo iudicio pro tutela suae posteritati cavere §. 27. *Inst. de legatis*. inde obtinuit , certum tutorem dari , incertum non dari. *l. 20. D. h. t.* Ulpianus *d. tit. xi. §. 14.* ait, tutorem nominatim testamento datum , Lege xii. Tabularum confirmari. igitur fac : duo sunt Titii , pater & filius : tutor datus est Titius, nec apparet de quo sensu testator. uter datus est : ait Paulus *l. 30. D. h. t.* eum datum esse , quem dare se testator sensit : si id non apparet, non jus deficere , sed probationem. igitur neutrum esse tutorem. Aliquis dicat , ob stare *l. 8. §. 3. D. de legatis lib. 2.* Sed non obstat : nam est in hac casus alius, quam in *d. l. 30.* Id apparebit proposito casu : qui est talis. Titio relictum est legatum. duo sunt Titii : uterque amicus testatori. dubitatur, utri debeat. heres ultro paratus est , solvere legatum ad cuius solutionem iure non poterat cogi, propter incertum. unum postulat : ut conveniat inter eos, utri potius solvere debeat. Hic ait Paulus, si uterque velit heredem defendere adversus alterum : esse heredis electionem , a quo potius defendi velit. Fuit & alia ratio coercendae Legis amplitudini quam observat Marcellianus *l. 112. §. 3. D. de legatis lib. 1 :* Si quis, inquit, scripserit testamento fieri quod contra jus est, vel bonos mores : non valet : veluti, si quis scripserit contra leges aliquid, vel contra Edictum Praetoris, vel etiam turpe aliquid. Idem est , si quid pupilli utilitate refutetur. & sunt exempla in *l. 5. §. 7. §. 8. & §. 9. D. de administratione tutorum*. Plus notandum est, patri a Lege quidem permitti , tutorem dare suis heredibus : sed ad quod tempus permittat, non dici. est igitur , quod ad verba attinet , infinita patri potestas hac in parte : nullo in Lege vestigio aetatis qua tutelae datio circumscribatur , aliquis dicat, hoc intelligi ipso tutelae sono. Sed jam supra monstravi , illo verbo quamcumque indigenti defensionem non modo impuberum, sed furiosorum quoque & prodigorum. malim igitur , vel hac parte a Jurisconsultis esse Fori disputatione coangustatam dandae tutelae amplitudinem, quasi ex Legis sententia : eo quod sobriis severisque moribus in illa seculi paupertate, crederentur homines suae tutelae post pubertatem sufficere. quamquam ne pubertas quidem quando masculis contingeret , nisi sero, convenit : nota ex Ulpiano *tit. xi. §. 28.* de hac Sabinorum & Proculianorum pugna : donec cum ab aliis , tum ab Ulpiano *l. 5. D. Qui testam. fac. poss.* itum fuit in sententiam Proculi, pubertatem solis annis aestimantis. Imputemus igitur interpretationi Juris Civilis, quod Imp. Justinianus §. 3. *Inst. de tutelis* scribit, Permissum esse parentibus, liberis impuberibus quos in potestate habent, testamento tutores dare.

Dixi de modo dandi tutoris. sequitur , ubi detur. ait Lex : *Super pecunia tutelae suae*. Lex pecuniam dixit pro hereditate. quomodo in *Topicis c. 8.* Cicero, *Hereditas*, inquit, *est pecunia*. Porro non simpliciter ait Lex , *Super pecunia sua* : sed *super pecunia tutelae suae*. At hoc quomodo accipimus : nam saepe ita comparatum est : ut conjuncta pro disjunctis, & disjuncta pro conjunctis accipiantur. sed visum Paulo *l. 53. D. de verborum significatione* Legis verba conjunctim exaudire : hoc addito, quod cum dicitur , *Super pecunia tutelae*, tutor separatim sine pecunia dari non potest. Sed id quoque quid significet, in quaestione est : putante Hotmano, *V. Cl. lib. 6. Observ. c. 5*, esse Pauli sensum , tantum tutorem dari filio heredi instituto, non etiam exheredato. Sed fallitur Hotmanus. nam res aliter se habet : & Paulus, cum negat, tutorem separatim dari sine pecunia : voluit, tutorem non alibi dari, quam ubi datur hereditas, quam Lex pecuniae appellatione indigitavit. atque hoc si est : apparet, quod Lex xii. Tabularum noluit, tutelam alibi dari, quam in testamento : in quo solo hereditas datur. Utrique indubitati juris est, neque per epistolam, neque ex imperfecto testa-

mento, tutorem recte dari *l. 2. C. de confirmando tutore*. Huc igitur redit Pauli sensus : ne valeat tutelae datio, nisi si testator simul de tutela, & de pecunia, id est, de hereditate, sua disponat : hoc est, non alias, quam si tutorem det in iusto testamento ; ubi hereditatem dari oportet. idque jam probat Gajus *l. 1. D. h. t.* & Modestinus *l. 1. §. 1. D. de confirmando tutor*. Plane ut tutores codicillis dati, pro non jure datis habeantur *l. 3. D. d. t.* dati tamen in codicillis, testamento confirmatis, perinde accipientur, ac si testamento dati sint *l. 1. §. 1. D. h. t.* Sic ex vetere rigore. qui an sublatus sit a Justiniano in *l. 21. §. 1. C. de testamentis*, forte aliquis dubitet. Sed ego illi qui sic censeat, non assentiar : animadverso, parentum voluntatem ea lege ex imperfecto testamento inter liberos servari quidem circa bona, de quibus nominatim loquitur ; sed non etiam circa tutelae liberorum aliis a parentibus datas : nam de his altum in ea silentium. proinde quod de illis dictum, id quomodo ad has porrigatur, non intelligo : cum praesertim solent leges novae, jus vetus emendantes, etiam stricte accipi.

Nunc videamus, quid sibi velit Lex, cum ait, *Ita jus esto* : vel, ut Justinianus *Novell. 22. c. 2.* vertit, *Lex sit*. puto autem, respicere ad effectum tutoris testamento dati : eumque effectum esse : ut voluntas patris pro lege observetur. modo sit jure datus tutor : qui demum testamento datus intelligitur *l. 3. §. 1. D. h. t.* nisi hoc quoque desideratur : ut adita ex testamento sit hereditas *l. 9. & 10. D. h. t.* Ut ut erit : placet, quod Modestinus *l. 1. §. 1. D. de confirmando tutore* scribit, recte datos tutores secundum testamentum, nulla indigere Praetoris confirmatione. Nec minus, quod Paulus *l. 7. D. h. t.* Tutores, inquit, non ab herede, sed a testatore protinus proficiuntur, simul atque aliquis heres extisset. Ita pro lege habetur testatoris voluntas. Etiam praeter legem est. auctor Ulpianus *l. 11. D. h. t.* Est & tertius effectus : ne tutores testamento dati cogantur satisfacere, rem pupilli salvam fore *l. 17. D. h. t.* Atqui, inquit, pupillus neglecta satisfactione gravatur. Sed qui est nobis, is non est Legi metus : postquam apparet, tutoris fidem ac diligentiam ab ipso approbatam esse testatore *pr. Inst. de satisf. tutor.* solito, (ut Paulus ait *l. 36. D. de excusat.*) amicissimos & fidelissimos liberis tutores eligere, & eos ad onus tutelae suscipiendum etiam honore legati persequi. Atque esse id certo certius, Ulpianus refert *l. 17. D. h. t.* sed addit, nihilominus pluribus datis tutoribus, si unus satisfactionem offerat ; ea lege, ut solus administret : non esse iniquum, eum audiri, causa cognita ; idque Edicto caveri : recte tamen Praetorem etiam ceteris hanc conditionem detulisse, si & ipsi velint satisfacere. nam & si ipsi parati sint satisfacere, non debere alterius oblatione excludi. igitur quid est ? Ulpianus §. 1. *d. l. 17.* duplicem esse causae cognitionem ait : unam ex persona ejus qui obtulerit satisfactionem, quis & qualis est : aliam contutorum, quales sunt : num forte ejus existimationis, vel ejus honestatis sint, ut non debeant hanc contumeliam satisfactionis subire. Sic Ulpianus. & subjicitur mox ex Callistrato *l. 18. D. h. t.* quod si plures satisfacere parati sint ; tunc idoneor praefendus erit : ut & tutorum personae inter se, & fidejussorum comparentur. Quid, si nemo tutorum provocet ad satisfactionem, sed existat quidam qui tutor non est, desideretque, ut aut satisfient tutores, aut si non satisfient, parato sibi satisfacere committant tutelam : non placet Ulpiano, esse audiendum : neque enim aut extero committendam esse tutelam, aut testamento datos tutores contra jus satisfactioni subjiciendos esse *l. 19. D. h. t.* Illud negligendum non est : quod Ulpianus *d. l. 19. §. 1.* notat, Hoc Edictum de satisfactione tutorum, quatenus ad verba attinet, tantum ad tutores testamentarios pertinere : non etiam ad datos ex inquisitione. ceterum etsi ver-

ba deficient, visum tamen Marcello esse similitudine nationis, hoc Edictum & ad hos pertinere: & id Oratione etiam DD. Fratrum significari.

Vult igitur Lex, quod paterfamilias in testamento circa tutelam iusserit verbis imperativis, pro lege observari, clara & certa ejus voluntate. nam obscura aut dubia, interpretatione investiganda est. Sit exemplum in pluribus testamenti clausulis: in quibus varie tutorem dederit pater, quam sequemur? nempe novissimam *l. 10. §. 1.* Rursus fac: pater filiis dedit tutores, omissa mentione filiarum: an vel his tutorem dedisse dicendus erit? Atqui masculino tantum genere, inon etiam foeminino usus est. Sed pronuntiatio sermonis in sexu masculino, ad utrumque sexum plerumque porrigitur *l. 195. D. de verb. signif.* Igitur Ulpianus *l. 16. D. h. t.* Si quis, inquit, ita dederit, Filiis meis tutorem do: *in ea conditione est, ut tam filiis, quam filiabus dedisse videatur. filiorum enim appellatione & filia continentur.* Non dubito; quin Ulpiano fuerit propositum, scribere, *tam filiabus, quam filiis.* Nihil tamen mutandum: est enim Hysterologia ipsi & aliis frequens, ut memini, me alibi saepius observare.

Sic: si filiis dedit tutores. quid, si e diverso dederit filiabus; non facta filiorum mentione? Aliquis putet, etiam filiis dedisse. Sed negat Pomponius *l. 45. D. de legat. lib. 2.* & praefatur, *Exemplo pessimum esse, foeminino vocabulo etiam masculos contineri.* Sensum huc redire, sibi persuadet V. Cl. Andreas Alciatus *lib. 2. Parerg. c. 48.* quod Veteres aliquem carpentes tamquam mollem & effoeminatum, cum irrisuionis causa foeminino indicabant vocabulo: & ad hoc probandum utitur loco quodam ex Aristophanis *Nubibus.* sed est & alius Justinii *lib. 1. c. 3.* Sardana-

palum appellantis *foeminam*: quod erat vir omni muliere corruptior. Eodem modo Caesar apud Suetonium, *in ejus vita c. 22.* & Philotas apud Curtium *lib. 6. c. xi.* dicitur *foemina.* Praeter haec quaesitum fuit, Si quis tutorem dederit filio, & habeat plures, an dederit omnibus? ait Ulpianus *d. l. 16. §. 1. h. t.* Pomponium quidem dubitare: magis autem esse, ut omnibus dederit. Idem Ulpianus tractat, Si quis filiabus suis vel filiis dederit tutores: an etiam posthumae dederit. & putat, id verius esse: addens, filiae appellatione etiam posthumam contineri.

Superioribus subjicienda est & illa dubitatio, si filiis dederit tutores: an & nepotibus dederit? Ait Ulpianus *l. 6. h. t.* ipsis quoque datos videri; si modo liberos dixit. caeterum, si filios; non contineri. & cautatur: quod aliter filii, aliter nepotes, appellantur. Sic ex verbi proprietate semper retinenda, ubi potest sine interpretatione habere exitum. at si alio pergat testatoris sensus: quid ni, omissa vocabuli proprietate, sub filio nepotem complectamur, ut voluntas servetur *l. 84. D. de verb. signif.* quasi nepotem avus dulciore nomine appellaverit *l. 220. §. 3. d. t.* Sed commodè Julianus *l. 201. d. t.* iusta, inquit, interpretatione (id est, si aliqua urgeat iusta interpretandi ratio) recipiendum est, ut appellatione filii, sicut filiam familias contineri saepe respondebimus, ita & nepos videatur comprehendi: & patris nomine avus quoque demonstrari intelligatur. Res hoc exemplo liquebit. Avus tantum habens nepotes, nullos filios, dixit: Filiis meis do tutores. is avus si sanæ mentis fuit: an potest alia esse praesumptio, quam voluisse, dulciore nomine filios appellare qui sunt nepotes? mihi non videtur: si sapiam ipse.

T T U L U S III.

De confirmando tutore.

Tantum de Lege XII Tabularum. proximum est, inquit Modestinus *l. 1. pr. & §. 1. D. h. t.* ne quid de confirmandis tutoribus indiscussum relinquamus. siue enim talis sit persona quae non potest tutorem dare, velut mater, aut patronus, aut extraneus quis, aut persona cui non potest dari, veluti si pater filio non existenti in potestate aut filiae, (sic habet vulgaris versio. commodius Antonius Augustinus, *lib. singul. ad Modestinum*, ponit, *ut a patre filio aut filia qui non sunt in potestate*) aut verbis directis non sit usus, aut in codicillis testamento non confirmatis tutores dederit: non subsistit ipso jure tutela: Lege XII Tabularum hanc dationem non confirmante. Nam & patremfamilias desiderat, & liberos qui ipsi tempore mortis sui heredes sint, vel fictione juris esse intelligantur. plus postulat; ut his tutores in testamento dentur, & quidem verbis imperativis ac directis. Caeterum si quid deficit; ait Modestinus *d. l. 1. §. 1.* placuisse Principum Constitutionibus, hoc Consulari potestate, id est, jurisdictione atque imperio, suppleri, & secundum mentem confirmari.

Ita patet, confirmari tutorem qui non jure datus testamento, decreto Consulis, Praetoris, aut similis Magistratus cui jus dandi tutoris competit, datur secundum testatoris voluntatem. Ea vero confirmatio fit non uno modo. nam cum justus pater liberis tutorem dat minus legitime, nihil tum amplius ut plurimum requirit Praetor: sed simpliciter tutorem confirmat, perinde ac si testamento datus esset *d. l. 1. §. 2. l. 3. D. h. t.* Hoc: si apparet, durasse patris voluntatem. quod si mutata videri potest; in hoc inquirendum est: nec urique sequetur Praetor primam voluntatem a qua discessit pater *l. 8. 9. & 10. D. h. t. l. 4. D. de testam. tutel.* Ita in justo patre. In naturali vero sic Hermogenianus *l. 7. D. h. t. Filio naturali*

cui nihil relictum est, tutor frustra datur a patre, nec sine inquisitione confirmatur. Obscurus est Hermogeniani sensus: sed si quid intelligo; significat, Si pater naturalis tutorem dederit filio naturali, frustra dedisse: nisi si aliquid filio reliquit in testamento: tum enim datum confirmari, nec tamen sine inquisitione. quod si ei nihil reliquit pater: putat Hermogenianus, frustra dedisse tutorem; nec confirmari datum; ne ex inquisitione quidem. Is sensus horum verborum, nec vereor: ne omnia non sint Hermogeniani. etsi esse scio, qui putent a Triboniano esse interpolata ex *l. ult. C. h. t.* Satis de patre.

In matre quoque consideramus: ut liberos, cum eis tutorem dat, heredes instituat: quamquam justus pater possit tutorem dare etiam exheredatis. interest enim, quod pater magis in personam, mater magis in rem, tutorem dat *l. 4. D. de testam. tutel.* At obstat Alexander *l. 4. C. eod. tit.* Nisi probabilis est conjectura D. Cujacii; legentis, *Quando autem eos heredes instituerit*: expuncta negatione. Sensus, Tutorem filiis a matre non dari aliter, quam institutis heredibus: sic autem datos non esse ipso jure tutores, sed a Praetore confirmari ex mente defunctae. Verum repugnant sequentia verba, *Nullo vero ex his, & reliqua.* Sed parcamus captationi verborum. non enim vult Alexander, alterutrum sufficere; id est, ut vel heres instituat, vel confirmetur: sed utrumque requiri conjunctim; hoc est, ut & filium heredem instituat, & tutor datus confirmetur. primum ergo exigit Imperator, ut mater filium, cui tutorem dat, heredem instituat: deinde, ut is tutor praevia inquisitione confirmetur. Utrumque in patre secus est, quamquam filius nec sit in ejus potestate. Hoc tam varie: quia in patre haeret vestigium pristinae potestatis cui etiam sublata patria potestate multum tribuerunt Veteres. nam & post emancipationem est jus suc-

successionis jure Prætorio per bonorum possessionem, et si desit esse jus sui heredis.

Potest hic & circa patronum, aliumve quemvis extraneum esse deliberatio: si audimus Paulum *l. 4. D. h. t.* dicentem, vel in his esse sequendum iudicium tutorem dantis pupillo heredi a se instituto, cum is præterea nihil haberet in bonis, nam a tali viro non aliam fieri conjecturam, quam quod pupillo, quem nihil habentem ita dilexit, ut eum heredem institueret, præfecit personam ejus opinione idoneam. igitur putat Paulus, non male dici, imo esse æquitatis, ut in eo, quamvis Lex deficiat, tamen voluntas servetur.

Nunc de effectu confirmati tutoris dispiciamus, est autem insignis: ut ex illo tempore quo sit confirmatus, demum fiat tutor; & si nolit esse, inde habeat excusatione opus *l. 1. C. h. t. l. 13. §. 12. D. de excusationib.* Hoc cerrum.

Illud quæritur, qualis habendus sit confirmatus tutor, testamentarius, an dativus. sunt enim qui putant, eum magis testamentarium, quam Atilianum videri. & movet eos Julianus *l. 3. D. h. t.* a quo dicitur perinde confirmari tutor, ac si ex testamento tutor esset. accedit quod Prætor qui tutorem confirmat, dicitur sequi defuncti iudicium *l. 32. D. de excusationibus.* Non alio ducit, quod in *l. 3. C. h. t.* tutor creditur habere iudicium defuncti. Sic quidam. Aliis sedet, tutorem confirmatum magis pro Atiliano, seu dativo, quam pro testamentario, accipere. hi pro se adferunt *l. 130. D. de verb. signific.* arbitrati, dare dici etiam eum qui confirmat: eoque effici, tutorem a Prætoris confirmatum potius dativum, quam testamentarium esse. quamquam qui a diversa parte stant, reponunt, hoc in *d. l. 130.* obtinere in confirmatione voluntaria; in necessaria non æque. Ut ut erit: negari nequit, eum qui a Prætoris confirmatur, ab eo dari secundum voluntatem testatoris: ac nisi ab eo detur, non esse tutorem, quid ergo est? non sequar partes. imo stabo ab utraque; atque ut non negem, confirmatum tutorem quædam mutuari a tutore dativo: non tamen hoc me terret; ne eum in causis aliis porius testamentario, quam Atiliano, assimilem. sane cum ex utrisque participet; nil vetat, eum aliquando ad testamentarium, aliquando ad Atilianum accedere: ut in cæteris mixtis causis observavi *lib. 1. Probabilium c. xi.* ita quædam habere a dativo, apparet ex *l. 1. §. 2. C. h. t.* cæterum quia tutor testamentarius præcedit tutorem legitimum & Atilianum, non male dicitur, tutorem confirmatum hæcenus esse habendum pro testamentario: ne alioquin pereat vis & scopus confirmationis per regulam Juris Civilis, qua habenti tutorem alius dari non potest *l. 27. D. de testam. tutel.* Sed hac quoque in parte est casus valde singularis in *l. 3. C. h. t.* ubi pro, *cujus interest*, jam dudum *lib. 1. De jurisdict. §. imperio c. 1.* suasi restitui, *cujus jurisdictio est.*

Sunt qui putent, esse etiam superiori comparationi consequens; quod confirmatus tutor non cogitur satisfacere: uti est responsum in eo qui est a patre minus legitime datus *l. 3. D. h. t.* Item in eo qui a matre datus *l. 2. D. h. t.* item qui ab avia *l. ult. §. 1. D. eod.* Sed cum idem jus sit in omnibus qui a majoribus Magistratibus ex inquisitione dantur, e-

tiam non facto testamento *pr. Inst. de satisfd. tut.* est forsan verius, id non oportere ad propositam definitionem trahi. quod & suadet sequens Papiniani locus *l. 5. D. h. t.* species talis. Patruus testamento tutores dedit non jure. Prætor jussit, hos confirmari a Magistratibus municipalibus. potest enim Prætor hoc præcipere: quia Magistratibus lege concessa ejus jussu est tutelæ datio, si non magnæ sint pupilli facultates: ut alibi veniet dicendi locus. Dedit, inquam, patruus tutores: eosque a Magistratibus confirmari mandavit Prætor. Magistratus sequuti Prætoris jussu, tutores confirmarunt, non exacta satisfactione. Quæritur, an in subsidium conveniri possint Magistratus, si tutores dati non sint solvendo? causa quærendi duplex. Una, quod dati sunt in testamento; ad quos non pertinet satisfactio. altera quod a Magistratibus sunt confirmati jussu Prætoris, ideoque ab ipso prope Prætoris. Quid Papinianus? putat, conveniri posse Magistratus qui cautionem cum deberent exigere, non exegere. Nec eos juvare: quod tutores sunt testamento dati; quia sunt dati ab eo qui non habuit jus dandi tutores. Similiter ait Papinianus, non prodesse Magistratibus: quod tutores ab eis sunt jussu Prætoris confirmati: quia adhuc verum est, non a Prætoris confirmatos esse, ut enim jussit eos confirmari; non tamen ipse per sua ministeria inquisivit in mores & facultates tutorum; neque ex inquisitione ante decretum interposuit. quo modo proprie Prætoris confirmatio censetur. quod si est: apparet, satisfactionem confirmato tutori non tam eo remitti, quia pro testamentario habetur; quam quod ex inquisitione datur a majore Magistratu: ideoque, cessante inquisitione, confirmatum a Magistratibus municipalibus, satisfactioni esse obnoxium.

Absolvi priorem Rubricæ partem de confirmando tutore. sequitur posterior de confirmando curatore. De eo agit *l. 1. §. ult. l. 2. §. 1. D. h. t.* nec minus hoc Papiniani *l. 6. D. h. t.* *Si filio puberi pater tutorem, aut impuberi curatorem dederit, citra inquisitionem Prætor eos confirmare debet.* Transposita sunt verba, & sic restituenda; *Si filio puberi pater curatorem dederit, aut impuberi tutorem.* Sensus: confirmationem a Prætoris fieri, si pater filio impuberi tutorem dedit, non ut Lege præcipiebatur; aut si puberi curatorem dedit nullo jure. videlicet, ut hoc exponam, Lex XII Tabularum tantum fuit loquuta de dando tutore; non etiam de dando curatore. jus autem dandi curatoris est demum introductum a D. Marco: ex quo voluit, omnes adolescentes minores annis viginti quinque ab iisdem Magistratibus a quibus tutores dantur, curatores accipere, non redditis causis: ut dicitur sub *Tit. 5. §. 6.* postquam vero hoc obtinuit, deinde non fuit patri invidendum; quo minus is etiam puberis, sed adhuc minoris, imbecillitati testamento succurreret; eoque curatorem illi præficeret, sua opinione, sibi & amicissimum & fidissimum. Si igitur curatorem filio in testamento daret pater; non jure dabat: quia de eo locuta non fuit aut D. Marci Constitutio, aut Lex XII Tabularum; tamen rationis fuit, curatorem a patre datum, secundum ejus voluntatem, a Prætoris confirmari *§. 1. Inst. de curatoribus.*

TITULUS IV.

De legitimis tutoribus.

Tantum de tutoribus testamentariis. sequuntur legitimi. Hos Ulpianus *Tit. xi. §. 3.* ait, ex Lege aliqua descendere: per eminentiam autem dici legitimos qui ex Lege XII Tabularum introducuntur, seu propalam, quales sunt agnati, seu per consequentiam, quales sunt patroni. Scio, & testamentariam tutelam non improprie legitimam appellari *l. 130. D. de verb. signif.* Sed aliud est, legitimam dici per eminentiam; aliud, non improprie, hoc enim quasi me-

dium venit inter proprium & improprium *l. 1. D. de suis & legitimis*: ut non nolle est medium inter vel le & nolle. Igitur agnatorum tutela per eminentiam appellatur legitima: quia hos legitimos tutores nemo dat: sed Lex XII Tabularum fecit tutores *l. 5. D. h. t.* at testamentarii dantur a patre: deinde datos Lex XII Tabularum confirmat, ut ait Ulpianus *d. tit. xi. §. 14.* Quidquid est: ait idem Ulpianus *d. tit. §. 3.* legitimam tutelam descendere ex Lege XII Tabularum

larum modo propalam, id est, ex verbis Legis; ut agnatos: modo per consequentiam, id est, ex mente & sententia: ut patronos. quod & sic traditum *l. 3. D. h. t.*

Interim verba Legis, quantum scio, nusquam exstant. summam hanc ponit Paulus *l. 6. h. t.* Intestato parente mortuo, adgnatis (addo & gentilibus) defertur tutela. Intestatus autem illi videtur non tantum is qui testamentum non fecit, sed & is qui testamento liberis suis tutores non dedit. quantum enim ad tutelam pertinet, intestatus est: licet de hereditate sit testatus. id vero accidit, non sublato tantum, sed etiam subsistente testamento: ut, si testator de tutela non disposuit, aut disposuit quidem, sed tutor datus, vivo vel mortuo testatore, desinat ipso jure esse tutor. nec interest: utrum coeperit tutelam gerere, an non coeperit. nam tutela ad agnatum, id est, legitimum, revertitur, si tutor testamento datus, adhuc filio impubere manente, decesserit *d. l. 6. l. 11. §. 3. & 4. D. de testam. tutel.* nempe, quia sic ipso jure deficit. Aliud est, si tutor testamento datus sit sub conditione, vel ex die certo. hic enim non deficit tutor, sed futurus speratur ex testamento: & ideo alius a Magistratu interim dandus est *d. l. 11. pr.* idem est: si testamentarius tutor a tutela excusetur, aut suspectus a tutela removeatur *d. l. 11. §. 1. & 2.* nam ex his causis non desinit esse tutor ipso jure, etsi factio Magistratus a tutela removeatur: & ideo Senatum censuisse, ut in locum ejus alius tutor detur, Ulpianus ait *Tit. xi. §. 23.*

Deinde ait Lex, *Agnatorum gentiliumque.* Legem XII Tabularum his tutelam dedisse, admodum verisimile est: quia eis ab intestato quoque hereditatem addixit: ut ex Cicerone *lib. 1. Ad Herennium,* & Ulpiano *tit. 16. Collat. leg. Mos. & Rom.* intelligitur. tutela autem pari passu it cum hereditate: auctore Quinto Mucio *l. 73. D. de regulis juris.* præterea Cicero *Pro domo* differens de adoptione P. Clodii, ejusque capitis deminutione, *Perturbatis,* inquit, *sacris, contaminatis gentibus, & quas deseruisti, & quas polluisti, jure Quiritium legitimo tutelarum & hereditatem relicto, factus es filius.* Gentilium tamen non meminuit Ulpianus *l. 1. D. h. t.* nec *d. tit. xi:* sine dubio, quod gentilium jura jam tum ab usu recesserant: sed hoc ex ipso Ulpiano, & Gajo *d. t. 16.* discimus. estque hoc vel eo verisimilius, quia idem Ulpianus in *Fragm. Tit. 26. §. 1.* eorum mentionem quoque non fecit in hereditate legitima; neque in *Tit. 12. §. 1.* in cura furiosi: etsi certum sit, Legem in utroque casu æque de gentilibus ac de agnatis fuisse locutam. Ulpianus *l. 1. pr. & §. 1. D. h. t.* etiam nominat *consanguineos.* Sed id verbum non esse ex XII Tabulis, bene animadvertit Rævardus, ad *Leg. XII Tab. c. 12. & lib. 5. var. c. 1.* Interim *Consanguineos* dici pro fratribus & sororibus agnatis, nimis constat ex *d. tit. 16. Collat. leg. Mosaic. & Rom.*

Ut ad rem veniam; primum ad tutelam Lex vocat agnatos: non cognatos. Sunt autem agnati, cognati per virilis sexus conjunctionem conjuncti, quasi a patre cognati: veluti frater ex eodem patre natus, fratris filius, neposve ex eo; item patruus, & patrum filius, neposve ex eo. At qui per feminini sexus personas cognatione conjunguntur, adgnati non sunt, sed alias naturali jure cognati. itaque amitæ tuæ filius non est tibi adgnatus, sed cognatus: & invicem tu illi eodem jure conjungeris: quia qui ex ea nascuntur, patris, non matris familiam sequuntur *§. 1. Inst. h. t.* Illud addendum est, quod ne per patrem quidem conjuncti alias pro agnatis habentur, quam si in eadem familia maneant. adeo emancipati agnati esse desinunt *§. ult. Inst. d. tit. l. 2. C. h. t. l. 10. §. 1. D. de gradib.* Ulpianus *d. tit. xi. §. 4.* Non idem in his qui, propter mortem patris, sui juris efficiuntur *l. 195. §. 2. D. de verb. signif.* nec hoc omittit Gajus *l. 9. D. h. t.* Quod, si plures sunt agnati, proximus tutelam nanciscitur: & si eodem gradu plures sint, omnes tutelam nanciscuntur. scilicet: quia proximus dicitur, cui ne-

mo antecedit. *l. 92. D. de verb. signif.* igitur ille qui solus est *l. 155. & l. 162. d. t.* talisque fuit ordo intestatæ successionis. quo autem tutela redit, eo plerumque & hereditas pervenit *l. 72. D. de regulis juris:* summa (ut ait Ulpianus *l. 1. D. h. t.*) providentia: ut qui sperarent successionem, iidem tuerentur bona, ne dilapidarentur. Justinianus *tit. Inst. de legitim. patron. tut.* hanc dat rationem: quod ubi successionis est emolumentum, ibi & tutelæ onus esse, æquum est. Plane etsi tutela plerumque sequatur hereditatem: interdum tamen alibi est tutela, alibi hereditas. Hoc fieri, ait Ulpianus *l. 1. §. 1. D. h. t.* si sit consanguinea pupillo: id est, soror. nam hereditas quidem ad agnatam pertinet, tutela autem ad agnatum, quod pluribus exemplis firmat Hermogenianus *l. 10. D. h. t.* & in *§. 1.* addit, quod surdus & mutus nec legitimi tutores esse possunt. quibus adde sis minorem ex Constitutione Justiniani *l. ult. C. h. t.* in quo tamen aliter observatum fuisse jure vetere, putat D. Cujacius *lib. 17. Obs. c. 28.*

Lex igitur XII Tabularum sicut ad legitimam hereditatem, ita ad legitimam tutelam, non vocavit cognatos, sed agnatos. at hoc mutavit Justinianus *Novell. 118. c. 4. & 5:* omni differentia agnationis utraque in specie sublata. inde quisque pupillo est proximus sanguine, is proximus est ad ejus tutelam atque hereditatem. præterea placuit Justiniano, etiam matrem & aviam admittere ad filii aut nepotis tutelam, easque omnibus tam agnatis, quam cognatis ab intestato præferre: abstinentes tamen a secundis nuptiis, & Senatusconsulto Vellejano apud acta renuntiantes. quod ante aliquatenus erat introductum *l. 2. & 3. C. Quand. mul. tutel. offic.* sed jure Pandectarum non obtinuit: nisi specialiter esset a Principe indultum *l. ult. D. de tutelis.*

Ut supra dixi, Lex XII Tabularum non tantum agnatis defert tutelam: sed etiam gentilibus. qui vero sint gentiles & quomodo ab agnatis distinguantur, latius tractarunt, quibus hoc propositum fuit, Alciatus, *lib. 1. Parerg. c. 12. & 13.* Rævardus, *lib. 5. Var. c. 1.* Brechæus, Fornerius, alii, ad *l. 53. D. de verb. signif.* Mihi satis erit, velut in transitu dixisse: quod ut familia a gente, sic agnati a gentilibus discernuntur. adeo qui ejusdem familiæ, agnati: qui ejusdem gentis, gentiles dicuntur. continet porro gens plures familias. familia contra gentis pars est. Inde Suetonius, *Nerone c. 1. Ex gente Domitia dua familia claruerunt.* Et in *Julio c. 6. A Venere Julii, cujus gentis familia est nostra.* Similiter Livius *lib. 38. c. 58. P. Scipio Nasica orationem habuit plenam veris decoribus non communiter Cornelia genti, sed proprie familie sue.* Voluit igitur Lex, tutelam pupilli cujus pater sit intestatus mortuus, esse agnatorum & gentilium. Utrum simul, an successive? possit dubitari: quia Lex dixit, Agnatorum gentiliumque. Sed Paulo *l. 53. D. de verb. signif.* placuit, hoc, *Agnatorum gentiliumque,* pro separatione accipere. non igitur simul venient, sed suo ordine.

Hactenus de legitima agnatorum tutela quæ nominatim descendit ex Lege Duodecim Tabularum. sequitur tutela patronorum: quæ similiter legitima vocatur: non quia nominatim venit ex verbis Legis; sed quia venit ex ejus mente. solet enim verbum, *Ex legibus,* sic accipi, tam ex Legis sententia, quam ex Legis verbis *l. 6. §. 1. D. de verb. signif.* cum scire Leges sit, non verba earum tenere, sed vim ac potestatem *l. 17. D. de legibus.* Atque ita est: patronorum tutela non debetur verbis Legis: loquentis quidem de agnatorum tutela, sed de patronorum tutela non loquentis. interim per consequentiam hereditatis verbis Legis nominatim patronis exemplo agnatorum delatæ, perinde accepta interpretatione est patronorum tutela, ac si verbis Legis introducta esset. Cæterum quod in patrono placuit, non æque in patrona placuit: quia tutela est munus publicum: a quo feminae removentur *l. 2. D. de reg. jur.* proinde erit quidem patrona liberti heres ab intestato; sed a

eius tutelam ex Lege non venit. *t. tit. Inst. de legit. patron. tutel. l. 1. §. 1. D. h. t.*

Exemplo patronorum recepta est & alia tutela : quæ & ipsa legitima a Justiniano vocatur. nam si quis filium aut filiam, nepotem aut neptem ex filio & deinceps emancipaverit; ait Imperator, eum legitimum eorum tutorem fore *tit. Inst. de legit. parent. tutel. Ulpianus l. 3. §. ult. D. h. t.* ait, eum vicem legitimi tutoris sustinere. in Fragmentis *tit. xi. §. 5. fiducia- rium appellat.* Nempe, postquam pater exemplo patroni fuit admissus ad successionem filii emancipati contracta fiducia, teste Justiniano in *§. ult. Inst. de legit. agnat. success. & Gajo lib. 1. Inst. tit. 6.* deinde ut patronus venit ad tutelam liberi exemplo agnato-

De tutor. & curat. dat. ab his. &c.

419

rum : sic est pater ad tutelam filii admissus exemplo patroni : tamen cum hoc discrimine : quod liberti hereditas patrono lege Duodecim Tabularum directo defertur : parenti non item. inde patroni tutela, ut profecta ex mente Legis, legitima appellata *l. 1. D. h. t.* at parentis tutela, sicut magis venit ex contracta fiducia ; ita pater proprie dicitur sustinere vicem legitimæ tutelæ, & fiduciarius tutor. eoque nomine patre mortuo etiam designatos fuisse ejus filios, Modestinus docet *l. 4. D. h. t.* quamquam id nomen tandem constitit fere in liberis, id est, filii emancipati fratribus : cum pater jam legitimus appellaretur : ut latius & disertius observat Janus a Costa *ad Tit. Inst. de fiduc. tutel.*

TITULUS V.

*De tutoribus & curatoribus datis ab his qui jus dandi habent :
& qui, & in quibus causis specialiter dari possunt.*

EXposita tutela testamentaria & legitima, ex ordine sequitur Atiliana. est hæc species tutelæ dativæ : ideo Atiliana appellata, ut Ulpianus ait in *Fragm. tit. xi. §. 18.* quia Lex Atilia jubet, mulieribus, pupillisque tutores non habentibus, tutores dari a Prætoribus & majore parte Tribunorum Plebis. hoc de nomine. Ut res intelligatur, Rubricam dividam in tres partes. prima ostendit, qui habeant jus dandi tutores curatoresve : altera, qui possint tutores aut curatores dari : tertia, in quibus causis tutores aut curatores specialiter dentur.

In prima quæstione notanda hæc Ulpiani regula in *l. 6. §. 2. D. de tutelis.* Tutoris datio neque imperii est, neque jurisdictionis, sed ei soli competit cui nominatim hoc dedit vel Lex, vel Senatusconsultum, vel Princeps. Finem regulæ indicat loci Inscriptio : quæ est ex Ulpiani lib. 38. aut 39. Ad Edictum. extant enim utroque libro complura ad tutelam dativam pertinentia. Expositurus igitur alterutro libro Ulpianus, quibus Magistratibus in Urbe atque in Provinciis sit jus dandi tutoris : ante omnia dixit, nullius esse Magistratus jure sui Magistratus : id est, idcirco quod sunt Magistratus, & habent imperium, aut jurisdictionem. & hanc addit causam : quod tutoris datio non est imperii, neque jurisdictionis eorum : sed est ex his quæ sunt specialis delegationis. competit igitur ei soli cui hoc nominatim dedit vel Lex, vel Senatusconsultum, vel Princeps. Sic vero non negat, tutoris dationem, postquam est alicui data Lege, vel Senatusconsulto, vel Constitutione, esse imperii aut jurisdictionis. (contrarium enim verum est) sed negat, eam esse ordinarii imperii aut ordinariæ jurisdictionis ; id est, negat, vi imperii aut jurisdictionis pertinere ad Magistratus quibus non sit extra ordinem concessa vel Lege vel Senatusconsulto, vel Principis Constitutione. Sed hoc olim docui *lib. 1. De jurisdict. & imper. c. 1.*

Nunc tradam Leges quibus tutoris datio Magistratibus sit delata. prima fuit Atilia : jubens, tutores in Urbe dari a Prætoribus Urbano & majore parte Tribunorum Plebis. & est exemplum apud Livium *lib. 39. c. 9.* Sed quia Lex Atilia tantum Romæ habebat locum, deinde Lege Julia & Titia prospectum est : ut in Provinciis similiter tutores a Præsidibus earum darentur. auctor Ulpianus *d. tit. xi.* & Justinianus *pr. Inst. de Atilian. tut.* qui in *§. 3.* addit : quod ex his Legibus tutores desierunt dari : postquam Consules cœperunt pupillis utriusque sexus tutores dare ex inquisitione. factum id Constitutione Claudii, refert Suetonius *Claudio c. 23.* & est exemplum apud Plinium *lib. 9. Epist. 13.* Postea D. Marcus, Oratione in Senatu habita, ut diligentius de tutoribus tractaretur, Prætoribus tutelarem primus instituit. testis Capitolinus, in *eius vita c. x.* Orationis meminit

Ulpianus *l. 1. §. 1. D. h. t.* Movit vero D. Marcum : quod supra dictis Legibus neque de exigenda a tutore cautione, rem pupilli salvam fore, neque de compellendis tutoribus ad tutelæ administrationem cavebatur. Id observat Justinianus *§. 3. Inst. h. t.* sed in *§. 4.* subjicit, fuisse deinde obrogatum Oratori D. Marci : utrum moribus, an aliqua Constitutione, non exprimit. tantum, Hoc jure, inquit, utimur, ut Romæ quidem Prætor aut Præfectus Urbi tutores dent : in Provinciis autem Præsides : Ulpianus etiam Proconsules nominat *l. 1. pr. D. h. t.* & in *§. 1.* addit, Legatum Proconsulis ex Oratione D. Marci tutorem dare : utique mandata a Proconsule jurisdictione ; ut ex Pomponio intelligitur *l. 13. D. de officio Proconsulis.* amplius scribit Ulpianus *l. 3. D. h. t.* jus dandi tutores esse datum omnibus Magistratus municipalibus : etsi non alias, quam ex præcepto Præsidentum *l. 46. §. 6. D. de admin. tutor.* vel, ut Justinianus *d. §. 4.* ait, jussu Præsidentum, si non sint magnæ pupilli facultates : id est, si Præsidentibus non videantur magnæ : ut exposui *lib. 2. De jurisdict. & imper. c. 8.* Ubi autem absunt hi qui tutores dare possunt ; ait Paulus *l. 19. D. h. t.* Decuriones juberi, (puta, a Præsidentibus) dare tutores : dummodo major pars conveniat. Sic usque ad Justinianum : nam is hoc ex parte mutavit *§. 5. h. t. Inst.* jubens, si pupilli, facultates valeant usque ad quingentos solidos, non expectata jussione Præsidentum, Defensores civitatum una cum ejusdem civitatis religiosissimo Antistite, vel alios Magistratus, vel Juridicum Alexandrinæ civitatis, tutores vel curatores creare : legitima cautela præstanda eorum periculo qui eam accipiunt.

Apparet, qui possint tutorem dare. solum dubitatur, an his jus sit, tutoris dationem mandare aliis ? Et negat Ulpianus *l. 8. D. h. t.* certa ratione in *l. 1. D. de officio ejus cui mand. est jurisdict.* quamquam recipit difficultatem, propter Legatum Proconsulis, & Magistratus municipales : de quibus dixi paulo ante. Sed difficultatem sustuli *d. lib. 2. De jurisdict. & imper. c. 8.*

Comperit igitur tutelæ datio Magistratui, non omni, sed cui sit speciali Lege concessa : utique, si jure sit creatus a Populo aut Principe, cum esset liber & civis Romanus. sed finge, seryum esse. non potest negari, esse vitio creatum, errante Populo aut Principe. de eo dubitatum fuit, an tamen valeat ab eo gestum ? notabilis quæstio : ad quam spectat Ulpianus *l. 3. D. de officio Prætorum* : est enim desumpta ex libro 38. ejus ad Sabinum : nisi hic quoque malis legere, *lib. 39.* ut supra observavi ad *l. 6. §. 2. D. de tutelis.* ut ut erit : potest ad *d. l. 3.* consuli V. CL. Jacobus Gothofredus, *lib. sing. De elect. Magistrat. inhabil. pag. 14.*

Non adderem, non valere tutelæ dationem, si in furore

furore aut dementia constitutus Prætor aut Præses, tutorem dederit; nisi præret Ulpianus *l. 8. §. 1. D. h. t.* Aliquem movere posset, quod utique est Prætor vel Præses; nec furor ei Magistratum abrogat. attamen, ait Ulpianus, datio nullius erit momenti.

Dixi, qui habeant jus dandi tutoris. dicam de modo quo debeant dare. primum poterit omni die dari. *l. 8. §. 2. D. h. t.* sed quo modo? *l. 6. §. 1. D. de tutelis* pure; non sub conditione, neque in diem: & si aliter datus sit nullius momenti esse dationem: certa ratione, (quam suggerit Papinianus *l. 77. D. de regulis juris*) quod tutoris datio, cum a Magistratu exercetur, est ex actibus legitimis; quorum proprium est, ut si recipiant diem vel conditionem, in totum vitentur per temporis vel conditionis adjectionem. utique, si palam apponatur. nam nonnunquam tacite recipere quæ aperte comprehensa, vitium adferrent, non inficiatur Papinianus; & exemplis in loco demonstrabitur. Possit aliquem morari: quod Præsides provinciarum, cum tutorem dant, hanc solent facere adjectionem: Tutorem do, si satisfecerit. Sed non difficilis est responsio: quod supervacua ea adjectio est. nam ut expressa non sit, æque forma juris continetur. ita inest dationi *l. 1. §. 2. C. de tut. vel cur. qui. sat. non ded.* deinde ait Ulpianus *d. l. 6. §. 1.* jam animadvertisse Pomponium, hanc adjectionem in se non habere conditionem, sed admonitionem, non aliter ei committi tutelam, quam si satisfecerit, hoc est, non aliter ei permittendum gerere, quam si rem salvam fore caverit. Proculus *l. 69. D. de heredibus instituendis* dicit, tales adjectiones figuram conditionis, non vim continere.

Præterea refert Justinianus *§. 4. Inst. h. t.* ad modum dandi tutoris quod Prætor, aut Præfectus Urbi, debet tutorem dare secundum suam jurisdictionem. Imperator *Jurisdictionem* dicit pro loco intra quem ea exercetur: quo modo accipitur jurisdictio in sequente Prætoris Edicto apud A. Gellium *lib. 10. Noct. Attic. c. 15. Sacerdotem. Vestalem. & Flaminem. Dialem. in. omni. mea.* jurisdictione jurare. non. cogam. Quod de Prætoris & Præfecto Urbi dixit Imperator, etiam de Præsede provinciae, & de Magistratu municipali ait Ulpianus *l. 1. §. ult. & l. 3. D. h. t.* Nec obstat hoc *l. 10. D. de tutelis.* Etiam non municipis tutor dari potest, dummodo municipi detur. Nam sensus est, Magistratum municipale non tantum municipem posse tutorem dare; sed etiam non municipem: modo sit incola vel advena vel ex municipio natus; licet non sit muneris publici particeps, id est, non vere municipis *l. 239. §. 2. D. de verb. signif.* & habet hoc rationem: quia incola tam debet parere Magistratibus his apud quos incola est; quam illis apud quos civis est *l. 29. D. Ad municipalem.* Quod cum *d. l. 1. §. ult. & l. 13. in fin. D. de excusationibus.* est consentaneum. Ita: si idonei homines sint intra territorium Magistratus municipalis. at si non sint: Divi, Marcus & Verus, ita Cornelio rescripsere, apud Paulum *l. 24. D. h. t.* Si quando desinit in civitate, ex qua pupilli oriundi sunt, qui idonei videantur esse tutores; officium sit Magistratum, inquirere ex vicinis civitatibus honestissimum quemque, & nomina Præsidi provinciae mittere, non ipsos arbitrium dandi sibi vindicare.

Insuper ait Justinianus *d. §. 4. Inst. h. t.* spectare ad modum dandi tutoris: quod is debet creari ex inquisitione: utique a Prætoris, Præfecto Urbi, aut Præsede: nam de his & similibus loquitur. Ex inquisitione autem ut sit recte datus, monet Hermogenianus, esse quatuor considerata: primum, an hic dederit qui dare potuit: deinde, an acceperit ille cui fuerat dandus, quo pertinet *l. 26. h. t.* tertio, an detur is cujus dandi facultas erat: postremo, an decretum pro tribunali sit interpositum *l. 7. §. 1. D. de confirm. tutor.* Bene ait, pro tribunali. nam ubi necessarium est decretum; non potest hoc Prætor per libellum, sive de plano, expedire: nimirum quia omnia quæcumque causæ cognitionem desiderant, non

possunt alibi fieri, quam pro tribunali: ut dudum ostendi *lib. 1. De jurisdict. & imper.* Possem videri absolvisse primam Rubricæ partem; nisi ab inquisitione quoque penderet altera, qui possint tutores dari: cum enim Prætoris cognitione constet; an dubium est, oportere eum cum reliquis & mores creandorum investigare: at neque facultates, neque dignitas, adeo sufficiens est ad fidem, ut bona electio, vel voluntas & benigni mores *l. 21. §. 5. D. h. t.* In primis igitur oportet Prætoris ante oculos habere hæc Modestini *l. 21. §. ult. D. h. t.* ne creet eos qui se ipsos volunt ingerere, ut creentur: quos & poenæ obnoxios esse, promulgatum est. aitque Marcianus *l. 9. D. de tutelis*, in hos & similes animadverti extra ordinem. Sed & si quis a parentibus prohibitus fuerit tutor esse; hunc neque creari oportet; & si creatus sit, nec recusaverit, eum prohiberi, esse tutorem, manente epitimia, Modestinus scribit *d. l. 21. §. 2.* Similiter est officium Magistratus: ut ex his qui non prohibentur dari, tutorem det maxime idoneum: & in hoc inquit non modo in cæteris, sed etiam in eo qui Senator est *l. 18. D. h. t.* Ab eadem causa est forte: (quod Ulpianus *l. 4. D. d. t.* ait) ut Prætor se ipse non possit tutorem dare: cogere certe se ad suscipiendam tutelam non potest. eaque ratione nec pedaneus iudex, nec compromissarius, ex sua sententia fieri potest. quia & recepta, & judicia, & tutelæ, publicis accensentur muneribus: ad quæ suscipienda aut exequenda unusquisque debet cogi. De eo quæritur, an Prætor suum Collegam tutorem dare possit? sicut Decuriones recte unum dant ex suo Corpore. item Magistratus municipales possunt Collegam suum tutorem dare *l. 19. pr. & §. 1. D. h.* Sed non videtur argumentum a Collega Magistratus municipalis procedere ad Collegam Prætoris: eo quod non tam ipse Magistratus municipalis creditur Collegam dare tutorem, quam Præses cujus jussu ab eo datus tutor, & ad suscipiendam tutelam cogi potest. at hoc quem usum habet in Prætoris Collegam suum tutorem dante? frustra is det tutorem quem non potest cogere, ut tutelam suscipiat. Prætoris enim in Prætoris, quasi pari in parem, quod est imperium *l. 3. §. ult. & l. 4. de recept. l. 13. §. 4. D. Ad Senat. Trebell.*

Illud semper constitit; Præsides posse tutorem dare tam absentem, quam præsentem *l. 5. D. h. t.* & est ratio: quod tutela invito defertur pro munere publico; nec est opus præsentia ejus cujus consensus non desideratur. ita quia judicandi munus publicum habetur: negat Papinianus, *l. 39. D. de judiciis*, in addicendo Judice præsentiam vel scientiam Judicis esse necessariam.

Adhuc monendum est, quod Ulpianus *l. 3. D. de tutelis* in hunc scribit modum: Qui habet tutorem pupillus vel pupilla, si furere cœperint, in ea causa sunt, ut in tutela nihilominus durent: quæ sententia Q. Mucii quoque fuit, & a Juliano probatur: eoque jure utimur: ut cesset cura, si tutelæ ætas indigeat. Quare si tutores habent: per furorem in curam non rediguntur; sive non habent, & furor eis accesserit, nihilominus tutores accipere poterunt: quia Lex XII Tabularum ita accepta est, ut ad pupillos vel pupillas non pertineant. Inde porro subjicit Ulpianus *§. 1. d. l. 3.* Quia autem in pupillorum persona agnatos curatores non admittimus, idcirco putavi, etsi minor viginti quinque annis furiosus sit, curatorem ei non ut furioso, sed ut adulescenti dari, quali ætatis esset impedimentum.

Exposui modum dandæ tutelæ passim receptum, nam quod ad illustres pupillos attinet: de his placuit specialis forma *Titulo C. de tutor. vel curat. Illustr. vel Clarissi. pers.*

Venio ad tertiam Rubricæ partem, In quibus causis tutores & curatores dentur, In tutoribus duo notabo: primum dari personæ. non rei certæ. & tamen hoc fallit ex Lege Julia de maritandis ordinibus & Scto in specie, quæ exstat apud Ulpianum, *Tit. xi.*

§. 20: quo referri debet *l. 7. D. h. t.* in qua pro *curatorem* Ulpianus procul dubio scripsit *tutorem*. Est & alius casus apud Ulpianum *d. tit. xi. §. 22.* cujus etiam meminit Marcianus *l. 9. D. h. t.* Rursus alius ex Rescripto Divi Pii *l. 2. D. eod. tit.*

Deinde notandum est, placuisse Regulam, (sic enim vocatur *l. 20. §. 1. D. h. t.*) Habenti tutorem non dari tutorem alium §. 5. *Inst. de curator. l. 27. D. de testam. tutel. l. 9. C. Qui pet. tut.* Et est causa Regulæ: quod Lex Atilia videtur locuta fuisse nominatim de tutore a Præatore dando ei, qui tutorem non habet. & recte: nam tutela est potestas in pupillum: quæ non potest esse ejusdem penes plures in solidum. Possunt tamen plures tutores simul dari *l. 23. D. h. t.* Esto: sed hoc casu plures unius vice funguntur. At plures non possunt dari separatim, adeo tutor si petitus fuerit habenti, sed absente eo quasi non habenti datus sit: datio nulla est. Sic Marcianus *l. 10. D. h. t.* & respiciens ad regulam juris: cum is locus sit ex ejus libro 5. Regularum.

Petendus igitur est fons regulæ ab interpretatione Legis Atiliæ: de qua ita Justinianus *pr. Inst. de Atil. tut.* Si cui nullus omnino tutor fuerat: ei dabatur tutor ex Lege Atilia. At, Si cui nullus omnino fuerat tutor: id est, nullus, nec testamentarius, nec legitimus. Quid, si testamento datus sit tutor: sed sub conditione, aut ex die? poterat dici, non esse nullum: & est sic in legitimo responsum, propter spem testamentariæ tutelæ. Sed hic placuit, medio tempore alium esse dandum: quasi adhuc nullo in testamento constituto: propter manifestam testatoris voluntatem pro Lege haberi solitam. *l. 11. pr. D. de testam. tut.* Obstat, inquit, quod tutoris datio est actus legitimus: isque vitiatur appposita conditione aut die *l. 77. D. de reg. jur.* Sed jam monui, cum vitiari conditione palam adjecta; non æque, si adjiciatur tacite; ut sit in præsentis specie: in qua pure datus tutor, esse definit tutor, existente conditione aut die §. 1. *Inst. de Atil. tutor.* nam & ab hostibus tutore capto, ex his legibus, id est, Lege Atilia, item Lege Julia & Titia, tutor petebatur: qui desinebat esse tutor, si is qui captus in civitatem reversus fuerat: eo quod reversus tutelam jure postlimini recipiebat §. 2. *d. t.*

Illud quale quod in *l. 15. D. de tutel. ita* scribit Ulpianus: Si quis tutor non sit captus ab hostibus, sed missus ad eos quasi legatus, aut etiam receptus ab eis, aut transfugerit: quia servus non efficitur, tutor manet: sed interim a Præsidibus alius tutor dabitur. Hæc lectio caret sensu, vitiata non uno modo. tu petis remedium. conabor daare a specie apta. in qua tutor quo de agitur non sit captus ab hostibus: sed ad hostes missus: ita ut potuerit hostium servus fieri. factus tamen servus non sit: eoque tutela ex die missionis suspensa sit, extincta non sit. Talem speciem habebis: ponentibus, tutorem ob pacem cum hostibus injussu Populi factam, verbi gratia, a Populo aut Senatu (utrumque obtinuisse, docuit me Cicero *lib. 3. De officiis, & lib. 1. De Oratore c. 40.*) ad hostes fuisse missum illis dedendum, sed ab eis non receptum. nam receptus potuit hostium servus fieri. non receptus, etsi missus, non potuit: deditione sine effectu relicta. manet igitur tutor qui & civis & liber manet. Caterum, quamdiu incertum est, utrum sint recepturi hostes missum, an non sint, Ulpiano pendere videtur tutela: & ne mora deterior fiat pupilli causa: necesse esse, ei interim a Præsidibus alium tutorem dari. Hanc speciem confinxi admodum juvenis: & cum aptanda erat turbulentis Ulpiani verbis, ne timui quidem, Ulpianum ad hunc modum reformare. Si quis tutor non sit captus ab hostibus, sed missus ad eos quasi lege, hant etiam receptus ab eis, quia servus non efficitur, tutor manet, sed interim alius tutor dabitur. Magnum vides ausum hominis admodum juvenis: sed me ejus nondum piget jam senem. Primum quis potest hic esse usus verborum, quasi legatus? plane nullus. nam ad hostes missus quasi legatus, numquam sit hostium servus: contra est apud hostes li-

Noodt Operum Tomus II.

ber jure gentium, sanctus, & tutus. Igitur liceat mihi apud Ulpianum mutare verba tam falsa, quam insulsa: ac pro, quasi legatus, reponere, quasi lege vel qua lege, id est aliqua lege: juvantibus præsertim conjecturam Sigilis, Q. L. tam qua lege, vel quasi lege, quam quasi legatus, significantibus. fuit autem Librario proclivius scribere quasi legatus; existimanti, hoc magis convenire his, sed missus ad eos. Verum quæ fuit Librarii, hæc non est mea suspicio: non ferentibus eam; præter superiora, cæteris Ulpiani verbis. Ain' tu? retineamus, quando lubet, hæc, quasi legatus: & dic, quid designet proxima adjectio, aut etiam receptus ab eis, aut transfugerit? non ostendes bona fide, at mihi ne sana quidem videtur: eoque pro aut etiam receptus, lego, hant etiam receptus: atque eo probabilius, quia frequentem in scriptis Veterum esse permutationem particularum aut & hant, observatum olim est inter alios a Jano Rurgerio, *Venusin. lect. c. 14.* & Gulielmo Fornerio *lib. 3. Select. c. ult.* Nondum dixi omnia: præterea delevi hæc, aut transfugerit: spuria esse arbitratus. primum, quia transfuga fit quidem suæ hostis patriæ, in eaque desinit esse civis, mediam passus capitis deminutionem *l. 5. §. 1. D. de capite minutis*: sed non idcirco fit servus eorum a quibus recipitur. quid, si addam, ad suos reversum non habere postliminium *l. 14. D. Quib. ex caus. major. l. 19. §. 4. D. de captiv.* contra pro hoste haberi, & morte puniri. Id vero si est, (ut est verissimum ex *l. 3. §. 10. & l. 7. d. t.*) quæso, quo colore potuit ab Ulpiano dici *d. l. 15. D. de tutel.* transfugam, quia servus non efficitur, tutorem manere, & interim alium tutorem dandum? nam ut maneat liber, & non fiat servus, tamen quia non manet civis, passus mediam capitis deminutionem, non manet tutor. §. 4. *Inst. Quib. mod. tutel. fin.* Emendationem & sensum Ulpiani vides. Firmamentum petis. Vix est opus. accipe tamen a Cicerone *Pro Cæcina*, de re sic loquente *c. 34.* Quid? quem pater patratus dedit, aut suus pater populusve vendidit, quo is jure amittit civitatem? ut religione solvatur civitas, civis Romanus traditur, qui cum est acceptus, est eorum quibus est datus: si non accipiunt, ut Mancinum Numantini, retinet integram causam & jus civitatis. Idem similiter in *Topicis*, Quo, inquit, in genere etiam Mancini causa defendi potest, postliminio rediisse, deditum non esse; quoniam non sit receptus nam neque donationem, neque deditionem sine acceptione intelligi posse.

Possent hæc ad verum accedere: nisi moram objiceret Modestinus *l. 4. D. de captivis & Pomponius l. ult. D. de legationibus*. Modestini verba ex *lib. 3. Regularum* talia sunt: Eos qui ab hostibus capiuntur, vel hostibus deduntur, jure postliminii reverti antiquitus placuit. An qui hostibus deditus reversus, nec a nobis receptus, civis Romanus sit, inter Brutum & Scævolam varie tractatum est? & consequens est, ut civitatem non adipiscatur. Ita editur Florentiæ. sed præstat conjectura V. CL. Francisci Balduini *De jurispr. Muciana*, emendantis: Eos qui ab hostibus capiuntur, nec hostibus deduntur, jure postliminii reverti, antiquitus placuit. Optimo sensu: Ab hostibus captos, cum revertuntur, habere postliminium; modo victi armis, se privata pactione non dediderunt. qua ratione? nempe, quia pacta inter hostes valent, & facta servanda sunt jure gentium. Juvat hoc Pauli *l. 17. d. t.* Postliminio carent, qui armis victi hostibus se dederunt. Tantum de priore Modestini versu. Quid posterior? sic sonat: An qui hostibus deditus reversus, nec a nobis receptus, civis Romanus sit, inter Brutum & Scævolam varie tractatum est? & consequens est, ut civitatem non adipiscatur. Vel huic scripturæ, etsi Florentinæ, controversiam movit Balduinus: pro nec a nobis receptus, substituens, nec ab eis receptus. Et in hoc multi Balduino suffragantur. Sed mihi lubet experiri; an Modestino servari possit verus lectio, nec a nobis receptus: Et poterit: dum, a nobis, valeat, quatenus ad nos attinet. Hanc loquendi formam,

Na

quan

quantum scio, nemo hic animadvertit. Sed similem alibi pulchre observavit Andreas Alciatus *lib. 6. Parerg. c. 21.* & Fridericus Taubmannus ad Plautum *Epidic. 1. 2. 26.* Secundum hæc, me interprete, talis erit Modestini sensus: An qui hostibus deditus, postea domum reversus, nec in civitatem, quatenus ad nos attinet, receptus, ipso jure civis Romanus sit? Res evidens; sed ut evidentior fiat, addam: quod a Modestino indigitatur Fori disputatio in re obscura & difficili apud Veteres solita adhiberi. de ea egi sæpe, & in primis *lib. 1. tit. 1. De justitia & jure ad fin.* Ex hoc more in ea quæsito; an qui hostibus deditus, ob pacem injussu Populi factam, domum reversus, quatenus ad nos attinet, in civitatem publice non receptus nova lege, ipso jure civis Romanus sit? Bruto placuit, esse civem: Quinto Mucio (is Modestino Scævola dicitur) contra, non esse. Et, ut intelligo ex Pomponio *l. ult. D. de legationibus*, Modestino assentit Quintus Mucius his verbis: *Et consequens est, ut civitatem non adipiscatur*: id est, consequens est, ut eam ipso jure, ultro non adipiscatur. Ita est: fuit hæc secundum Pomponium clara Quinti Mucii sententia: sed non sola hæc fuit; ne putes, amplius voluit Pomponius, quod prævaluit illa Quinti Mucii sententia: subnixa quippe suffragiis plurium Jurisconsultorum: eoque, ut motis erat, fuit recepta pro Juris regula; & pro tali a Modestino (indicio Inscriptionis *d. l. 4. præferentis* ejus *lib. 3. Regulatum*) inter juris regulas relata. Forte possit ab ea quoque causa profectum fuisse, quod de P. Rutilio M. F. Tribuno Plebis in hunc modum memoriæ prodidit Cicerone *De Oratore lib. 1. c. 40.* Etenim sic C. Mancinum, nobilissimum virum ac consularem, cum eum propter invidiam Numantini fœderis pater patratus ex S. C. Numantinis dedidisset, eumque illi non recepissent, posteaque Mancinus domum revenisset, neque in Senatum introire dubitasset; P. Rutilius M. F. Tribunus Plebis de Senatu jussit educi: quod eum civem negaret esse: quia memoria sic esset proditum, quem pater suus aut Populus vendidisset, ei nullum esse postliminium.

Dixi, quid in Fori disputatione obtinuerit ex auctoritate Quinti Mucii. Nondum, quid postea insectum sit. Ad hoc Pomponium tibi delegabo *l. ult. D. de legationibus* ex *lib. 37.* Ad Quintum Mucium ita loquentem: *Si quis legatum hostium pulsasset, contra jus gentium id commissum esse existimatur: quia sancti habentur legati: & ideo si cum legati apud nos essent gentis alicujus, bellum cum eis indictum sit? responsum est, liberos eos manere: id enim juri gentium conveniens esse: itaque eum qui legatum pulsasset, Quintus Mucius dedi hostibus, quorum erant legati, solutus est respondere, quem hostes si non recepissent, quæsitum est, an civis Romanus maneret? quibusdam existimantibus manere, aliis contra: quia quem semel populus jussisset dedi, ex civitate expulsisse videretur: sicut faceret, cum aqua & igni interdiceret. in qua sententia videtur Publius Mucius fuisse. id autem maxime quæsitum est in Hostilio Mancino quem Numantini sibi deditum non acceperunt: de quo tamen lex postea lata est, ut esset civis Romanus, & præturam quoque gessisse dicitur.* Summa hæc est: quod cum Hostilius Mancinus, ob invidiam Numantini fœderis, Numantinis esset jussu Populi Romani deditus, non tamen ab illis receptus, & postea domum reverso, dubitaretur, an civis Romanus mansisset: institutam inter Jurisconsultos fuisse Fori disputationem. in qua cum esset de jure quæsitum, fuisse variatum: aliis, inter quos Bruto, existimantibus, civem mansisse: aliis contra, non mansisse; & ab his steterisse Quintum Mucium; ejusque sententiam plurium suffragiis prævaluisse, proque regula receptam: sicut a Modestino quoque inter regulas relata fuisse indicio Inscriptionis *l. 4. D. de captivis*, paulo ante observatum est. Cæterum Populo Romano postea aliter sedisse: nam lege lata jussisse, ut quæ Bruti sententia fuit, Mancinus esset civis Romanus: & pro tali habitum fuisse; ac Præturam quoque gessisse. Quid inde? putemus, sic evanuisse

regulam Quinti Mucii, & Bruti sententiam obtinuisse, tamquam benigniorem, eaque ratione etiam retentam a Cicerone *Pro Cæcina*, & in *Topicis*, ut supra demonstratum.

Diu me moratus est hic tractatus. liceat tamen illi duo adjicere. Unum est, quod Pomponius, *De quo tamen*, inquit, *lex postea lata est, ut esset civis Romanus, & præturam quoque gessisse dicitur*, ejus hanc habet rationem: quod motis e Senatu Viris Consularibus aut Prætoriis, ut Mancino contigerat, in Senatum redeundi via erat per Præturam. Ejus viæ meminit Paulus Manutius, *De civitate Romana* pag. 35. & est exemplum apud Dionem *lib. 37. pag. 49.* verba sunt: *Et Publium Lentulum qui post gestum consulatum Senatu exciderat: ac Senatoria dignitatis recuperanda causa Præturam tunc gerebat.* Item *lib. 42. pag. 236.* in sequentibus verbis: *Ab his Sallustius (qui ut Senatoriam dignitatem recuperaret, tum Prætor factus erat) propemodum occisus.* Altera observatio versabitur circa hæc Pomponii verba, *In qua sententia videtur Publius Mucius fuisse.* In his suspectus mihi est *Publius Mucius*. Scio, fuisse Jurisconsultum celebrem, ac laudatum, etiam allegatum in *l. 66. D. Solut. matrim.* sed metuo, ne hic debeat incogitantia Pomponii: & pro eo ponendus sit *Quintus Mucius*. observavi complura ejus generis vitia apud Veteres *lib. 1. Probabilium c. 9. & seqq.* in præsentem vero mihi tale persuadet, quod Pomponius paulo ante, & quidem bis, non Publii Mucii meminit, sed Quinti Mucii. præterea est mihi argumento loci Inscriptionis, *Pomponius lib. 37. Ad Quintum Mucium*, eo libro contineri Pomponii Notas ad Quintum Mucium: inque his tractatam ex illo inter alias præsentem esse quæstionem: simul, eum qui hic Quintus vocatur, in *d. l. 4. D. de captivis* appellari Scævola, licet alioquin ille Publius æque Mucius Scævola nominatus fuerit.

Tantum de tutoribus. transeamus ad curatores: nam & horum meminit Rubrica. ait vero Modestinus *l. 20. §. 1. h. t.* quæ est ex *lib. 7. Differentiarum*, cum enarraret differentias tutoris & curatoris, Regulam juris non esse impedimento, quo minus curatorem habenti alius curator detur. Et tamen hoc difficultatem recipit, propter Rubricam Codicis, *In quibus casibus tutorem vel curatorem habenti tutor vel curator detur.* Nam ea supponit, Regulam tam in curatore procedere, quam in tutore: sub eaque Rubrica proponi Regulæ exceptiones, ac casus in quibus detur tutor tutorem habenti, vel curator detur curatorem habenti. Sed corrupta est Rubrica, & sic restituta, *In quibus casibus tutorem habenti tutor, vel curator detur.* Præterea movet hic scrupulum *l. 10. C. Qui dar. tut. poss.* Sed in hac quoque lege pro Curatorem oportet scribi, Tutorem: quomodo in quibusdam libris exstare, suo tempore annotavit. Accursius: & sic legi, sequentia suadent legis verba, *Negotiis pupillaribus*: ex quibus liquet, ibi agi de pupillo: non de minore. est forte etiam vitiosa ejus loci Inscriptio: in eaque expungenda vox *Militi.* add. Cujac. *lib. 17. Observ. c. 6.*

Cæterum ut intelligatur, in quibus causis minoribus dentur curatores: sciendum est, masculos jure vetere pubertate sic liberatos esse tutela; ut iis deinde nulli darentur curatores: quando Lege XII Tabularum nihil erat de puberum curatoribus cautum, propter seculi paupertatem & severitatem: qua fiebat, ut integri essent adolescentium mores, & honesta videretur sobrietas. sed paulatim labente disciplina, quod increfcerent æque privatae opes, ac publicæ, lata est Lex Latoria: quæ præcepit, adolescentibus lascivis & dementibus a Prætore dari curatores. Inde qui minori viginti quinque annis curatorem dari postulabat: is necesse habebat, alteram harum causarum exprimere. Sed hoc cum esset a publica utilitate remotum: visum D. Marco, abolito pristino jure, omnes minores deinceps accipere curatores, etiam si non probarentur esse furiosi aut lascivi, seu prodigi.

Auctor Capitolinus, *Marco Antonino. c. 10.* sic scribens. *De curatoribus vero, cum ante non nisi ex Lege Latoria vel propter lasciviam, vel propter dementiam, darentur, ita statuit, ut omnes adulti curatores acciperent, non redditis causis.* Et Capitolino consentit Gajus, *lib. 1. Inst. tit. ult. Verba Gaji. Peractis pupillaribus annis quibus tutores absolvuntur, ad curatores ratio minorum incipit pertinere. sub curatore sunt minores aetate, majores everfores, infani.* Gajus vult, a minoribus, a furiosis, & everforibus seu prodigis non pendere, an curatores habeant. imo ait, sicut everfores & furiosi de jure sunt, sive esse debent, sub curatoribus: ita sub curatoribus esse minores, id est, debere esse minores. Eodem modo Ulpianus *l. 1. §. 3. D. de minoribus.* Et ideo hodie in hanc usque aetatem adolescentes curatorum auxilio reguntur, nec ante rei suae administratio eis committi debet, quamvis bene rem suam gerentibus. Sensus Ulpiani est: quia virilis vigor in adolescentibus demum completur post annum vigesimum quintum; ideo ex Constitutione Divi Marci hodie omnes adolescentes in hanc usque aetatem curatorum auxilio reguntur; id est, debent regi, sive jubentur regi: quamvis aliqui rem suam bene seu prudenter gerant: ac si eo praetextu petant veniam aetatis, idcirco non debet eis rei suae administratio concedi: sive jam acceperint curatores, sive nondum acceperint. Sic mihi videtur: & verbum hoc, *reguntur*, non esse facti, sed juris. Nec aliter accipiendum hoc ejusdem Ulpiani in *Fragm. Tit. 12. in fin.* Præterea dat curatorem etiam ei qui nuper pubes factus, idonec negotia sua tueri non potest. Et est hoc idem ei quod scribit Justinianus *pr. Inst. de curatoribus* his verbis. *Masculi quidem puberes & femi-*

na viripotentes, usque ad vicesimum quintum annum completum, curatores accipiunt: id est, ut ego expli- co, de jure debent accipere ex Constitutione D. Marci. & est optima Imperatoris ratio: *Quia licet puberes sint, adhuc tamen ejus aetatis sunt, ut sua negotia tueri non possint:* id est, passim tueri non possint. Nec turbat me §. 2. *Inst. eod. tit.* cum locis quibusdam aliis: ut ad sequentem Titulum demonstrabo. Interea cavebo, ne quem vexet Dion Cassius *lib. 52. pag. 546.* jam ejus juris cujus auctorem laudavi Divum Marcum, mentionem faciens in vita Augusti: quando Mecænatem ita inducit loquentem: *In equestrem statum allegendi octodecim annos aetatis habere debent; hac enim aetate potissimum & corporum firma affectio & ingenium conspicitur. In Senatum vero adscribendi annos viginti & quinque.* quomodo enim non sit turpe aedamnosum, quum nemini ante id aetatis suorum bonorum administrationem concedat is iis, qui eandem nondum attigerint, rempublicam vos credere. Sic Dion. Sed putemus, eum quod ait, Mecænati adscribere per errorem, vel anticipationem: & quod sua aetate obtinebat ex D. Marci Constitutione, retrahere ad principatum Augusti: sub quo id erat incognitum. Quod non oportuit factum: non enim convenit officio Historici, a quo verum expectatur. Potuit suo nomine dicere Dion quod sciebat suo tempore: sed Mecænatis nomine dicere quod ei erat incognitum, non debuit. Dixi hoc eo confidentius: quia sic praevit Vellejus Paterculus *lib. 1. c. 3.* consimilia ad hanc formam in monumentis Veterum & annotans & reprehendens: sicut ne Virgilio quidem pepercit hac in parte Higynus apud A. Gellium *lib. 10. Noct. Attic. c. 16.*

TITULUS VI.

Qui petant tutores vel curatores & ubi petantur.

Superiore Titulo exposui, qui tutores curatoresve dare, darive possint. Hoc dicam, qui petant tutores vel curatores, & ubi petantur. Sed primum, qui petant. qua in parte erit necesse, praemittere, quid sit tutores vel curatores petere: quoniam eo verbo non infinita, aut informis continetur tutoris curatorisve alicujus petitio; sed petitio tutoris certi & designati. videlicet tutores curatoresve petere, non est petere aliquos de medio, Praetoris arbitrio eligendos: sed nominatim petere tutorem vel curatorem Lucium Titium, verbi gratia. ita tutores vel curatores petere est, Praetori nominare futuros tutores vel curatores; sive Praetori dare nomina, dare electa nomina eorum, quos petas, ab eo tutores vel curatores constitui. Rem dedi: expectas testimonia. extant in *l. 2. §. 2. D. & l. 2. C. h. t. l. 24. D. de tutor. dat. ab his. l. 1. §. 3. D. de Magistrat. conven. l. 2. §. 23. D. Ad Senat. usc. Tertull.* inde tutores nominati pro datis & creatis *l. 18. C. de excus. tut. & alibi.* Nec alio pergit hoc *l. 6. C. h. t. Matris pietas instruere te potest, quos tutores filio tuo petere debes.* Fuit hoc disputanti, qui petant tutores, notandum: ut intelligatur statim, pupillum ipsum sibi tutorem petere non posse. certe observat Gajus *l. ult. D. de manumiss. vindict.* curiose causatus, perabsurdum fore, in eligendo tutore firmum videri esse pupilli iudicium cujus in omnibus rebus ut infirmum iudicium tutore auctore regitur. Sed rationis est, de nominando & petendo tutore non quaeri consilium & voluntatem pupilli. nec dubito, quin idcirco tutor dicatur pupillis dari invitis & ignorantibus *l. 5. & 6. D. de tutor. dat. ab his.* sic certo, non esse in pupilli potestate non dicam an habeat, sed ne quidem quem habeat, tutorem. Igitur pupilli ipsi (sic tandem concludo) non petunt sibi tutorem: sed iis tutorem petunt alii.

Qui? Modestinus *l. 2. h. t.* ait, quosdam ex voluntate petere: aliis necesse esse, petere. Ex voluntate autem petere cognatos, qualis amita *l. 5. C. d. t.*

item patruus *l. 10. C. d. t.* Præterea ait, ex voluntate tutores petere qui secundum affinitatem sunt familiares parentum malculorum & foeminarum. etiam posse, inquit, amicos parentum, (quorum meminit quoque *l. 44. D. de negot. gestis.*) & educatores ipsorum puerorum petere. An & creditor, futura ei lite cum pupillo? Modestinus *d. l. 2. §. 3. h. t.* sic finit: Si aliquis vel creditor, vel legatarius, vel alius, necessariam habeat adversus pupillum persecutionem: ipse quidem non petet tutorem pupillo, sed eos qui petere possunt, rogabit petere, (puto, pupilli nomine) vel si hi neglexerint petere, tunc accedens ad Praesidem, hoc ipsum dicet; ut constituto more legitimo (Antonius Augustinus *lib. sing. Ad Modestinum* mavult, *constituto tutore legitimo*) ea adversus pupillum moveatur persecutio. Sensus est, si necessarii neglexerint, pupillo tutorem petere; postquam admoniti sunt, ut petant; deinde quod necesse est, adibit Praetorem creditor, & dicet, rogatos a se esse necessarios, ut pupillo tutorem peterent ad litem: & quia id neglexerunt, aut recusarunt idcirco se petere; ut *l. Titius pupillo ad litem detur tutor.* Hoc: si pupillus habeat necessarios. quid, si non habeat? hunc articulum non attingit Modestinus. Verum Imp. Antoninus *l. 4. C. h. t.* de eo consultus a Domino quodam, ei sic rescribit: *Si filiis debitoris tui non sunt necessarii, qui tutores petant, potes & ipse curare, ut accipiant, per quos legitime defendantur.* Præter hanc formam, est & alia scitu digna, quam suppeditat Ulpianus *l. 3. §. 2. D. de tutelis:* si tutori futura sit lis cum suo pupillo; aut vice versa pupillo cum suo tutore: hos enim ponit casus. Verba autem Ulpiani, si quis requirat, talia sunt: *Si pupillus pupillave cum iusto tutore, tutorve cum eorum quo litem agere vult, & curator in eam rem petitur: utrum ipsis poscentibus datur, an vero & adversario? Et sciendum est, si ve agant, si ve convenientur, dari hunc curatorem posse: sed non alias, quam si ipse petat, cui dari eum oportet.* denique

Cassius lib. 6. scripta, talem curatorem neminem dari posse, nisi presentem: neque cuique, nisi presenti & postulanti. itaque infanti non potest dari. idem Cassius ait, si pupillus curatorem postulare non vult, quo minus cum eo agatur, cogi eum a Prætoribus debuisse. Quod est observandum; atque eo magis: quia inde apparet, pupillum in proposito videri quoque volentem petere curatorem; quum, ut velit, a Prætoribus cogitur petere. Huic observationi etiam alia accedit: quod Tribonianus in *d. l. 3. §. 2. pro tutore* qui pupillo ad litem olim erat necessarius, ex jure novo subiecit curatorem: eamque conjecturam ipse juvat Ulpianus in *Fragm. Tit. xi. Moribus*, inquit, tutor datur mulieri pupillove qui cum tutore suo lege aut legitimo iudicio agere vult, ut auctore eo agat. Quid si ex hoc Fragmento possit præterea in *d. §. 2. l. 3.* alicui suspectum fieri hoc, *litem agere*: existimanti, Ulpianum scripsisse, *lege agere*, aut *legitimo iudicio agere*. Sequens locus est, qui ex necessitate petant tutores. Tales ait Modestinus, esse matrem & libertos. hos jure obsequii *l. 2. C. h. t.* illam officio pietatis *l. 6. l. 8. §. 9. C. eod. tit.* Primum nominat matrem; eique si non petat filiis tutores, pœnam denunciat ex Epistola D. Severi: cuius hæc sunt verba *l. 2. §. 2. D. h. t. Divus Severus Cuspido Rufino. Omnem me rationem adhibere subveniendis pupillis, cum ad curam publicam pertineat, liquere omnibus volo: & ideo quæ mater vel non petierit tutores idoneos filiis suis vel prioribus excusatis rejectisve non confestim aliorum nomina dederit, jura non habeat vindicandorum sibi bonorum intestatorum filiorum.* Hæc Severi Epistola in *l. 4. §. 2. §. 4. h. t. §. l. 2. §. 23. D. Ad Senatuf. Tertull.* generali vocabulo placiti Principalis Constitutio indigitatur, & in *l. 10. C. de legitim. heredib.* Lex, & in *l. unic. Cod. Theod.* prisca Lex. Intererit, singula Epistolæ verba examinare.

Principio ait: *Quæ mater non petierit tutores idoneos filiis suis.* Epistola pœnam soli minatur matri, tutores filiis non petenti. sola igitur, si non petierit tutores, Severitate Epistolæ coercetur. Ita ex verbis Epistolæ: sed contemplatio pietatis movit Jureconsultos, ut sub matris appellatione etiam aviam quasi ex mente Epistolæ comprehenderent *l. 2. §. 28. D. Ad Senatuf. Tertull.* Ad avum eam extendere ausi non fuere: credo, intercedente dignitate sexus; ne fœminino vocabulo mas designatus videretur: quod Veteres noluisse pluribus exemplis evici, supra sub Titulo, *De testamentaria tutela.* Caterum Principes, et re publica esse intelligentes, longius porrigi providentiam pupillorum, quod de matre constituit Epistola, non ad aviam tantum, sed ad avum quoque transtulere. *l. unic. Cod. Theod. h. t.* imo idem onus tandem imposuere omnibus qui ad pupilli successionem vel ab intestato vel ex substitutione vocantur *l. 10. C. de legitim. heredib.*

Tenes, qui debeant pupillis tutores petere. nondum a quo eos peti oporteat. Ulpianus *d. l. 2. §. 23.* ait Constitutionem loqui quidem de Prætoribus; ut puta scriptam ad Cyprium Rufinum, quem Prætorem fuisse, conjicio: sed se putare, etiam locum habere in provinciis. videlicet, quia omnia provincialia desideria quæ Romæ varios judices habent, ad officium Præsidum pertinent *l. 10. l. 11. §. 12. D. de offic. Præsid. l. 7. §. 2. l. 8. §. 9. D. de offic. Procons.* Ulpianus tamen de Præsidibus in *d. l. 2. §. 23.* nihil manifeste exprimit: sine dubio, quia his Oratione Divi Marci directo jus erat dandi tutores, idque constabat omnibus. verum ait matrem puniri, etiam si a Magistratibus municipalibus non petat tutores: & præfatur, quoniam & Magistratibus municipalibus dandi necessitas injungitur, eadem videlicet D. Marci Oratione, non directo quidem; sed demum si a Præsidibus jussi sint, cum non sunt magnæ pupilli facultates.

Incidit igitur mater in pœnam; si filiis suis impuberibus non petierit tutores. nec essem sollicitus, ut utros intelligi oporteret, legitimos, an naturales, ma-

tre utrisque ex Senatusconsulto Tertulliano peractæ succedente *§. ult. Inst. De Senatuf. Tertull.* nisi a Zenone ad Dioscorum, Præfectum Prætorio, hoc modo reperirem scriptum *l. ult. C. h. t. Matres naturalibus etiam filiis ad similitudinem eorum qui ex justis ac legitimis nuptiis sunt procreati, petendorum tutorum necessitati subjaceant.* Punitur igitur mater filiis sive legitimis, sive naturalibus, non petendo tutores. An & filiabus? has non attingit Constitutio. idem tamen in filiabus admittit interpretatio ex usu sermonis *l. 195. D. de verb. signif. & postulante officio pietatis.* Quid, si nepotibus? Ulpianus *d. l. 2. §. 28.* ait, non petendo æque puniri recte: licet enim aliter sonet filius, aliter nepos, verbi proprietatem retinentibus: egregie tamen scribit Julianus *l. 201. D. de verb. signif.* iusta interpretatione recipi, ut filii appellatione sicuti filiafamilias continetur sæpe, ita & nepos videatur comprehendi.

Vult igitur Epistola, a matre tutores peti filiis impuberibus. An & curatores? Ulpianus *d. l. 2. §. 29.* Verba, inquit, deficient: sed dicendum est, si impuberibus non petiit, eandem esse rationem; si puberibus, cessare debere. nempe, quia his alii non petunt curatores: sed ipsi petunt sibi: ut post dicitur. Similiter putat Ulpianus *§. 30. d. l. matrem*, si cum prægnans esset, curatorem bonis non petiit, in sententiam incidere. Et mox subjicit: Nam & si impuberem apud hostes habet, idem erit dicendum. Ab eadem causa fuit quæsitum, quid juris sit, si furioso tutorem vel curatorem non petiit? Et hic ait Ulpianus *§. 31.* magis esse, ut incidat.

Punitur igitur mater quæ non petierit tutores filiis suis. petere vero tutores quid sit, hic subijcere, nihil attinet: in antecessum jam demonstrato, tutores petere non esse in genere aliquos petere Prætoris arbitrio eligendos: sed eligere & nominare certos quos ab eo dari petas. Illud non silebo, Epistolam tutores a matre peti jubentem, non esse verbis contentam, petitione (ut ait Modestinus *l. 2. §. 1. h. t.*) puritatis gratia facta, (sive ut Ulpianus *d. l. 2. §. 32. D. Ad Senatuf. Tertull.*) defunctorie: sed indigitare petitionem seriam & effectum habituram. id satis evincit tenor & contextus Epistolæ. sed fuit etiam Rescripto declaratum, ut *d. §.* refert Ulpianus. ideoque valde probo hoc ejusdem Ulpiani *§. 42.* Quid, si non compulit eos miscere se tutela? Et cum plenum officium a matre desideremus, & hæc ei curanda sunt, ne in hereditate ei obsint. Ab eadem causa sic Tryphoninus *l. 4. D. h. t. Credendum est, & eam matrem Constitutione contineri quæ a patre non legitime tutores testamento vel codicillis datos filiis impuberibus non postulavit decreto confirmari.* Ab eodem etiam fonte est, quod mater dicitur puniri, non solum quæ non petiit, sed & quæ petiit vel privilegio munitum, vel oneratum tribus tutelis: maxime, si id fecerit data opera. sic enim est dolus malus: quem impunitum esse non oportet. quid ergo, si tales petiit, & hi susceperunt nihilominus, vel detenti sunt? excusata erit mater: puto, quia adhuc exitum habuit petitio: quod unice intendit Constitutio. Quid, si indignos, id est, minus habiles ad tutelam petiit, quoniam sciebat, Prætorem eos non daturum? certum est, si non dedit eos Prætor; non videri petitos. quid tamen si dedit, matris petitionem secutus? ait Ulpianus *§. 34.* jam quidem Prætoris delictum esse, sed & matris consilium puniri. Ergo (sic infert *§. 36.*) sive non petierit, sive idoneos non petierit, punietur, etiam si dati fuerint minus idonei, Prætoris errante. Idoneos autem, ut hoc addam, utrum facultatibus, an & moribus petere debeat, dubitationis esse posse, Ulpianus ait: sed se putare, facile ei ignosci, si locupletes sint hi, quos petiit *§. 37.* & ut mihi videtur, optime. nam mores æstimare, non est cuiusvis: modum certe muliebris infirmitatis egreditur: ut post dicitur. Caterum quæ dixi vera sunt: cum impuberes liberi nullos habent tutores. sed finge, habere: verum suspecto tutore pupilli accusato, decretum esse,

esse, ei alios adjungi : an eos quoque petere debet? silent Constitutionis verba : sed æquitatis est, idem servari. ita visum Tryphonino; & si non petat mater, incidere in sententiam Constitutionis l. 4. §. 2. h. t. Superiori quæstioni affinis est sequens : an quæ petere debuit tutorem, etiam suspectum facere debeat? Negat Tryphoninus d. l. 4. §. 4. Quæ, inquit, suspectum tutorem non fecit, nec verbis, nec sententia Constitutionis in pœnam incidit. Et rationem addit Tryphoninus, quæ est pulchra, quamquam obscurius posita : quod hujusmodi facta judicare & æstimare, virilis animi est. contra fœmina pro imbecillitate sexus etiam potest delicta ignorare, id est, non utique potest discernere. quare satis est, eam petiisse talem, qui inquisitione per Prætorem habita idoneus apparuit, idque ulterius sic decretorie firmat : & ideo nec judicium ejus sufficit ad eligendos tutores, sed inquisitio fit, etiam si maxime in bona propria liberis suis testamento tutores dederit.

Pergit Epistola : *Vel prioribus excusatis rejectisve, non confestim aliorum nomina dederit.* Non igitur sufficit Epistolæ, matrem, ut libera sit a pœna, tutores petiisse. plus jubet, eam, si petierit aliquos, & hi fuerint aut excusati aut rejecti; adhuc aliorum nomina edere; id est, in eorum locum petere alios : & si vel hoc neglexerit, puniri. Sit ita : si quidem omnes fuerint excusati rejective : sed quid, si non omnes sint excusati aut rejecti? adhuc putat Ulpianus, ei imputandum d. l. 2. §. 39. Vult igitur Epistola, tutoribus rejectis aut excusatis, alios in eorum locum peti. Sed quid, si decesserint quidam? Hic quidem verba deficiunt : sed sit paritate rationis; ut sententiæ locum faciat Ulpianus §. 40. Potest hic esse & alia inspectio : quod enim diximus, *Rejecti*, utrum sic accipimus, a Prætore non dati : an & si suspecti fuerint remoti vel ob negligentiam, vel ignaviam repulsi? etiam hos quis rejectos recte dicet. Ergo & si latitent. sed longum est. nam nec hoc ei imputetur, cur suspectos non fecerit. alioquin & si latitarent, potuit Edicto desiderare, ut eos adesse Prætor juberet, & suspectos eos removeret, si deessent.

Vult igitur Epistola, matrem, si petierit tutores, atque excusati aut rejecti fuerint, alios petere in eorum locum : sed confestim. Ulpianus l. 2. §. 35. D. *Ad Senatusc. Tertull.* ait, sine mora. Et in §. 43. id sic accipit, ubi primum potuit, id est Prætoris copiam habuit, huic rei sedentis. addit temperamentum : nisi forte infirmitate impedita est, vel alia magna causa quæ etiam mandate eam ad petendos tutores impediret : ita tamen, ut nullo modo annale tempus excederet. Igitur quod est confestim in Epistola, Theodosius l. 10. C. de legitim. heredib. & Justinianus §. ult. Inst. De Senatusc. Tertull. simpliciter reddunt, intra annum.

Postremo ait Epistola : *Jus non habeat vindicandum sibi bonorum intestatorum filiorum.* Hisce verbis continetur pœna matris: negligentis tutores, ut oportet, petere filiis impuberibus. ea pœna est : quod matri denegatur petitio, hereditatis filii intestati mortui. id vero indigitat : quod privatur legitima filii hereditate. adempta enim petitione sive vindicatione hereditatis; quid restat, nisi ut ipsa hereditas adempta intelligatur? Commodè Modestinus l. 52. D. de adq. rer. dom. quæ est ex lib. 7. Regularum, *Rem in bonis nostris habere intelligimur*, quotiens possidentes exceptione; aut amittentes ad recipiendam eam actionem habemus. Res certa; & ut Epistola non vult, matrem habere jus vindicandorum sibi bonorum intestatorum filiorum : sic in l. 10. C. de legitim. hered. §. l. 2. C. Si advers. delict. dicitur ei denegandam esse omnem filii successionem, si impubes moriatur. Imp. Justinianus §. ult. Inst. De Senatusc. Tertull. dicit, eam ab impuberum morientium successionem repelli. Illud videndum esse putat Ulpianus l. 2. §. ult. D. eod. tit. matre prohibita jus suum vindicare, utrum ceteros admittamus, atque si mater non esset? Sed, inquit, denegamus ei actiones, & invenimus rescriptum ab

Neadt Operum Tomus II.

Imperatore nostro Antonino Augusto & D. Patre ejus Mammia Maximina: matre remota eos admitti qui venirent, si mater non fuisset. ergo & agnati ceterique succedent, aut si nemo sit, bona vacabunt. Quæ dixi vera sunt, si impuberes mortui sint filii d. l. 10. Sed quid, si puberes facti decedant? Non oberit matri, impuberibus non petiisse tutores l. 3. C. De Senatusc. Tertull. tamquam matris culpam deleverit pietas filii qui pubes factus, non facto testamento, cum liceret facere, matrem quasi tacito judicio ab injuria absolvisse benigne intelligitur.

Privatur igitur mater, filio impubere mortuo, ejus successionem ab intestato. Quid si maritus ipsi a filio reliquerit fideicommissum sub conditione, si sine liberis decesserit, vel si intestatus mortuus sit filius? Tryphoninus l. 4. §. 3. D. h. t. non est perempta, inquit, fideicommissi petitio. Quam ob rem? causatur, quod ex alieno judicio descendit. Epistola autem tantum loquitur de amissione bonorum intestati filii. Si tamen filio impuberi substituta fuerit mater: placuit, etiam successionem jure substitutionis ei denegari. Verum id non debetur Epistolæ D. Severi de qua agimus: sed novæ Constitutioni Theodosii & Valentiniiani l. 10. C. de legitim. hered. §. l. 6. C. Ad Senatusc. Tertull.

Expedita severitate Constitutionis, age nunc cogitemus de ea temperanda. id enim quo minus fiat non resistit mens Constitutionis. Erit pretium operæ, id exemplis paucis demonstrare. est elegans in l. 8. C. h. t. Proponitur ibi procurator a matre missus ad petendum a Præsede tutorem, in itinere a latronibus esse interfectus; & hac fatali causa petitio non esse secuta. Quæritur, deinde mortuo filio, an repellenda mater sit ab hereditatis petitione. erat dubitatio propter verba Constitutionis: quæ huc ferunt. Sed Imp. Diocletianus & Maximianus a Musico consulti per Libellum, ei rescribunt, durum esse, matrem cujus nullum vitium sit, a filii successionem repelli; propter verba Constitutionis: nam ejus mentem a matre nihil exigere, præter sedulum petendi tutoris officium; moram autem quam necessitas in proposito iniecit petitioni, pro casu fortuito haberi oportere. Aliud exemplum est in l. 9. C. d. t. Ecce: mater non petiit filio tutorem, non quod negligeret impuberem: sed quod ei jam impetratus erat ab alio, an incidit mater in Constitutionem? negant Imperatores. Atqui ipsa non petiit tutorem: quod volebat Constitutio. Non inficior: sed videamus; ne hæc voluerit, a matre tutorem peti filio, non habenti tutorem. ille vero habebat tutorem: & habenti eum alius dari non potest adversus regulam juris. Igitur quid est? Imperatores consulti ab Asclepiodoro ita rescribunt; *Cum jure habenti tutorem tutor dari non possit: intelligis matrem non officium pietatis in petendo tutore deseruisse, sed jure munitam, merito filio suo tutorem non postulare.* Non minor æquitas excusandæ matris est; si cessaverit tutores petere, lapsa lubrico ætatis minoris. potest enim hic, ut alias, favore ætatis in integrum restitui. At enim deliquit. Quid refert? si delictum non ex animo venit, sed extra: ut ut alioquin pœnæ causa ex eo pecuniæ damnum irrogetur l. 1. C. Si advers. delict. Sed clare Diocletianus & Maximianus l. 2. C. d. t. Licet, inquit, in delictis ætate neminem excusari constet: matri tamen quæ filiis tutorem ætatis lubrico lapsa non petiit, eorum minime denegari successionem convenit: cum hoc in majoribus matribus tantum obtineat. Longum esset, si vellem omnes causas excusandæ matris exponere. plures enim adducit Ulpianus l. 2. §. 25. 26. §. 46. D. Ad Senatusc. Tertull. Non tamen prætermittam illam quæ est in §. 44. §. 45. quia est bella ipsius judicio Ulpiani. Fac: aliquis pupillo reliquit amplum legatum sub conditione, Si tutores non habuerit: & propterea ei mater non petiit, ne conditione deficeretur. An Constitutio cesset, quæritur. Ulpianus, allatis dubitandi causis, putat, cessare Constitutionem; si damnum pupilli minus sit cumulo legati. mea opinione.

N n 3

belle.

belle. verba licet reclamant. noluit enim filio nocere mater. contra voluit, prodesse; & profuit. non servavit igitur verba Constitutionis. at non peccavit adversus mentem: hac clare confitente *l. 2. §. 2. D. h. t.* omnem se rationem adhibere subveniendis pupillis. Adeo aptari hic potest hoc Modestini *l. 2 §. D. de legibus*: Nulla juris ratio aut æquitatis benignitas patitur, ut quæ salubriter pro utilitate hominum introducuntur, eas nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severitatem. Incurrit hic & illa deliberatio: quid juris sit, si dicatur mater tutores non petiisse ignorantia juris? Hac matrem non excusari, certum *l. ult. C. h. t.* sed ratio quæritur. sunt qui causantur, quod officium petendi tutoris matri suggerit pietas naturalis: cujus ignorantia ne in mulieribus quidem probabilis sit. Sed non placet ea ratio: quippe cum hoc matris delictum extra veniat, non ex animo: & alioquin ne minor quidem mulier a pœna excusaretur privilegio ætatis. Mihi verior videtur sequens ratio: quod filii hereditas sicut est, ita habetur, emolumentum successionis *l. unic. Cod. Theod. h. t.* ea igitur cum privatim mater; creditur magis carere lucro, quam damno affici: in lucro vero ne mulieribus quidem prodest, juris ignorantia *l. 6. Qui admitti ad bonor. possess. l. 7. §. 8. D. de jur. & fact. ignor.*

Præter matrem, habent & liberti necesse, tutores petere impuberibus patronorum filiis: cessantes autem fiunt rei deserti obsequii *l. 2. C. h. t.* eoquo nomine accusati apud Præsidentem puniuntur, ut emendantur: si apparuerit, vel propter negligentiam, vel propter malitiam, non petiisse *l. 2. §. 1. D. d. t.* Puniantur igitur corporali pœna. An etiam rediguntur in servitutem? id nusquam proditum. At enim in *l. 2. C. de libert. & eor. liber.* dicitur libertus in servitutem redigi levi ex causa. Sed id ita est: si quid fecerit adversus patronum: non si obsequium deseruerit *l. 30. C. de liberali causa.*

Satis de tutoribus pupillorum. venio ad curatores minorum. Hos alius non petit ipsis: sed eos ipsi petunt sibi; præsentem per se; absentes per procuratorem *l. 2. §. 4. & 5. D. h. t.* quid si nullos petant? nempe a Prætoribus cogentur multæ dictione & pignoris capione: exemplo pupilli litem cum suo tutore habituri: de quo est in *l. 3. §. 2. D. de tutelis.* Aliquis dicat: *Inviti adolescentes curatores non accipiunt, præterquam in litem.* Sed id me non turbat; quamvis sciam, ita locutum esse Justinianum §. 2. *Inst. D. curatoribus.* sunt enim prudenter accipienda ejus verba. & aut omnia me fallunt, aut ea minores comparant cum prodigis & furiosis. Quo modo? attende: dicam clare, ut res elegans & parum intellecta meretur. Placuit D. Marco, omnibus minoribus, sola contemplatione minoris ætatis, non redditus causis, curatores dari: cum ex Lege Latoria ante nullos darentur, nisi ob furorem aut luxuriam. id pro sua providentia credidit sapientissimus Imperator, humanitati convenire; ne curatores minoribus daren-

tur exemplo prodigorum aut furiosorum. pepercit igitur honori & verecundiæ minorum; volens quidem illis, propter ætatem, curatores dari, sed non aliter, quam postulantibus: cum furiosis & prodigis ex Lege Latoria darentur curatores, non ipsis, sed aliis, illos ob furorem aut luxuriam petentibus, probato furore aut luxuria. Sic apparet, per furiosos aut lascivos adolescentes non stetisse, non modo utrum curatores haberent, sed ne quidem quos acciperent, & hac ratione invitos accepisse: minores contra invitos non accepisse curatores; etsi aliquem habere eos oporteret. nimirum, quia his non dabantur curatores eis petiti oblativè ab aliis; sed hi tantum quos ipsi petendo nominassent: ut dixi, laudabili Principis humanitate, ne minori datus curator ob ætatem, gravis esset existimationi ejus: quasi furioso aut prodigo datus. Hæc regula, a qua exceptum. *Præterquam in litem d. §. 2.* si enim ipsi agant minores; si cum iis agatur: datur ipsis curatores, etiam invitis. Quam ob rem? quia jam non modo ipsis poscentibus curator a Prætoribus datur; sed etiam postulante adversario. is certe intelligens, minorem quocumque futura ei lis erit, non habere curatorem, nec interim habere personam standi in judicio, potest eum monere, ut aliquem sibi petat curatorem: ac, si admonitus cesset petere; jam permittitur adversario, in jure adire Prætoribus, ibique nominare aliquem & petere eum minori curatorem dari *l. 1. l. 7. C. h. t. l. 7. §. 2. D. de minoribus.* Non resistit: quod minores sine curatoribus reperiuntur in *l. 3. C. de in integr. rest. minor. d. l. 7. §. 2. D. de minorib. & alibi.* Nam & pupillus, & venter, & furiosus, sine tutoribus reperiuntur *l. 5. §. 20. D. Ut in possess. legat. l. 2. D. Ne de stat. defunct. l. 1. §. 24. D. de ventr. in possess. mittend. l. 17. §. 3. D. de usur. l. 3. D. de tutelis. l. 5. pr. & §. 1. D. Ex quib. caus. in possess. eat.* Nemo tamen dixerit, utique sapiens & juris intelligens, fuisse in horum arbitrio, utrum tutorem curatoremve haberent, an non: quando id quod est facti, non potest habere juris consequentiam. putemus igitur, hoc si contingat, non alia fieri causa, quam quia plerumque aut non petitur, aut tardius petitur, aut serius datur. ita de curatore ventris traditum in *d. l. 1. §. 24.* etsi ejus petendi necessitas matri æque incumbat, ac petendi tutorem suo pupillo *l. 2. §. 38. D. Ad Senatuse. Tertyll.* Non magis terret me, quod in *l. 6. C. h. t.* dicitur, Minores annis viginti quinque ipsos sibi curatores petere, si res eorum exigat. Nam id sic accipiendum est, quasi debeant minores petere curatorem: nisi adeo egeni sint, ut non indigeant curatore: nihil habentes quod a curatore administraretur. quomodo responsum in matre quæ tutorem suo pupillo non petit *d. l. 2. §. 26. & 45.*

Altera Rubricæ pars est, *Ubi tutores petantur*: qua de parte est *l. unic. C. h. t. lib. 5. tit. 32.* cum qua conjungenda *l. 21. §. 2. D. de excusat. & l. 27. D. de tutor. dat. ab his.*

T I T U L U S VII.

De administratione & periculo Tutorum & Curatorum qui gesserint vel non. & de agentibus vel conveniendis uno vel pluribus.

Superioribus Titulis actum est de modis deferendæ tutelæ & curæ. præsens spectat ad effectum delatæ & susceptæ. partes ejus tres sunt. prima est de administratione tutorum & curatorum. in qua tamen observanda quædam sunt ante, quam ad ipsam deveniatur. In his prima erit Prætoris cura; ut tutor, qualiscumque sit, nisi suscipiat administrationem, extra ordinem cogatur tutelam gerere *l. 1. D. h. t. remediis Prætoris*: id est, multæ dictione & pignoris capione *l. 9. D. de munerib. & honorib.* Quod si gerere cœperit; cessant partes ejus qui solet cessantes

cogere; & tutelæ actioni & suspecti accusationi locus fit *l. 5. §. 2. & 3. D. h. t.* Quid autem sit gerere, apparet ex *d. l. 5. §. 1. & 3.* Altera Prætoris cura est; ut, si plures sint tutores, tutela potius per unum, quam per plures, administraretur. eaque de re etiam Edicto fuisse cautum, Ulpianus auctor est *l. 3. §. 1. h. t.* Non adfero, neque explico id: quia quale fuerit, & quid observandum in eo sit *d. §. 1. & sequentibus omnibus,* itemque *l. 2.* tam clare, quam eleganter exposuit Ulpianus: nec pluribus opus.

Tertia Prætoris cura erit, ut tutores & curatores satis-

satisfacere rem pupilli salvam fore : nempe , ne alioquin pupillorum , & eorum qui in curatione sunt , negotia ab his consumantur vel minuantur . nec tamen id est perpetuum : siquidem tutores testamento dati , satisfacere non coguntur ; quasi eorum fides & diligentia a testatore approbata sit . item ex inquisitione tutores vel curatores dati , satisfactione non onerantur : quia fides inquisitionis cedit pro vinculo satisfactionis *pr. Inst. de satisfd. tut. vel curat.* & tamen vel hos quod directo facere non tenentur , per consequentiam facere oportet §. 1. *d. t.* ut demonstratum sub Titulo , *De testament. tutel.* Præter hæc observare debet tutor ; ut statim faciat inventarium omnium rerum pupillarium ; neque quidquam gerat ante , quam confecerit , alioquin dolo fecisse videtur , & infamis fit : nisi si necessaria & justa causa intervenerit , aut pater inventarium confici prohibuerit , aut res non ferat dilationem *l. 7. D. h. t. l. ult. §. 1. C. Arbitr. tut.* Tenetur igitur tutor statim facere inventarium . Qua forma ? ea quæ præscripta in *l. 24. C. h. t.* compilata ex *l. ult. Cod. Theod. eod.* Inventarii autem confecti effectus præsertim duo sunt . prior , ut inventarium , quantum ad pupillum & tutorem attinet , sufficiat ad probationem quantitatis rerum pupillarium *d. l. ult. C. Arbitr. tutel.* alter effectus est ; ut , incendio exultis pupilli chirographis , ejus debitores vel ex inventario conveniri possint *l. 57. D. h. t.*

Confecto porro inventario , debet tutor res pupilli mobiles , præter aurum & argentum , & quod præterea servari nequit , item animalia supervacua , statim distrahere . alioquin suum periculum facturum *l. 7. §. 1. D. §. l. 24. C. h. t.* Ex pecunia inde collecta , addita reliqua quæ apud pupillum reperiatur , debet , si summa patuerit , prædia comparare , & ei rei pecuniam deponere *l. 5. D. §. l. 24. C. h. t.* si cessat , a Prælore cogitur ; & , si vilis sit , etiam coërcetur vinculis publicis *l. 3. §. 16. D. de suspect. tut.* non minus poterit conveniri in usuras : nisi si per eum non est factum , quo minus compararet *l. 7. §. 3. h. t.* Usuras porro intelligo hac in specie gravissimas quæ appellantur legitimæ , in primis si comminatio præcessit *l. 7. §. 7. §. 10. h. t.* Quod si summa ad prædia non sufficiet : pecuniam fœnori collocabit *d. l. 24. C. h. t.* & quidem intra sex primos menses . si non collocabit ; convenietur ipse in usuras ejus pecuniæ *l. 15. h. t.* Dixi , Intra sex primos menses : nam quod ad reliquam attinet pecuniam , deinde conficiendam ; ei deponendæ tribuitur spatium duorum mensium : uti ex collatione *l. 7. §. 11. h. t.* observat V. CL. Jacobus Cujacius , *lib. 5. Observ. c. 12.* Sed ea fœnerandi necessitas curatoribus remissa *Novell. 72. c. 6.* plane , si quis pecuniam malo more in usus suos convertit , is neque spatio temporis uteretur ; & iam gravissimas usuras convenietur *l. 7. §. 11. h. t.*

Huc usque exposui administrationis quasi præambula . Nunc ipsam attingam . in ea talis comprobatur regula , Tutor , quatenus attinet providentiam pupillarem , pro domino habetur *l. 27. D. h. t.* Ea autem providentia vel ad exhibendam pupilli personam , vel ad administrandas ejus res , pertinet . Sed pars officii prima ad pupilli personam spectat : ac continet integram ejus exhibitionem ; id est , locum in quo debeat morari atque educari : tum alimenta , id est , victum , vestimenta , præterea famulos ei necessarios , & postremo disciplinam . scilicet , quia tutor non minus pupilli moribus , quam rebus præest *l. 12. §. 3. D. h. t.* ibique Gothofredus : & ideo præcipitur ; ut statuatur impensas pro facultatibus & dignitate pupilli , non utique quas minimas potest *l. 13. d. t.* ac fuerit prudentiæ , ut advocatis pupilli cognatis amicisque curet , a Prælore definiri , quantum pro pupillo erogare debeat ; ne alioquin ei necesse sit , impensis factis , iudicis arbitrio permittere , quantas reputationes eo nomine eum facere oporteat *l. 3. l. ult. §. tot. tit. Ubi pupil. educ. deb.* Hæc ad pupilli exhibitionem . de qua paulo plura libro sequente tit. 2.

In rerum administrationem veniunt actiones , so-

lutiones , erogationes , alienationes . Familiam ducent actiones . & observandum , quod jure civili nulli licet alieno experiri nomine . & tamen tutorio nomine ut liceret experiri , fuit vel necessitate inductum ; ita placuit , ut quemadmodum alibi , sic in actionibus , tutor domini loco haberetur , & quod pupillo deberetur , jure peteret *l. 15. l. 22. D. h. t.* atque hoc in tantum verum est , ut ne tutor quidem cogatur cavere , pupillum ratam rem habiturum ; quasi rem in iudicium deducat *l. 23. D. §. l. 13. C. h. t.* nisi si dubitetur , an tutor sit , vel an duret tutor , vel an gestus ei commissus sit : æquum enim est , adversarium non decipi . idemque in curatore jus est *d. l. 23.* Ceterum quod pro domino habetur tutor , quantum ad actiones attinet : tum de eadem observatur ; si ipse experiat : nam procuratorem ex sua persona in rem pupilli vel adolescentis facere non potest . Pupillus autem vel adultus , tutore seu curatore interveniente , procuratorem ordinare potest . ipsi etiam tutores & curatores post litis contestationem a se factam , non prohibentur procuratores dare , exemplo procuratorum qui litem contestari , ejus domini effecti sunt *l. 11. C. de procuratorib.* Quod si diffusa sunt pupilli negotia , aut dignitas , ætas , valerudo tutoris , eum distringant , & nondum fari pupillus possit , aut absens sit , ut non possit procuratorem facere ex auctoritate tutoris : solet periculo tutoris actor a Prælore constitui . Sic Paulus *l. 24. D. h. t.* addit in §. 1. si eadem tutela pluribus simul gerenda permissa est vel a parente , vel a contutoribus , vel a Magistratu : hic benigne etiam uni agere permissum : nempe , quia duo simul agere , id est , simul æque commode , agere non possunt . Et notandum : quod Paulus ait , benigne permitti agere : quia si ad verba desectamus , non possunt , nisi duo agere : sed benignius est , etiam uni concedi , agere : quia unus tutor facilius expeditiusque actiones & exercet & excipit : ne alioquin tutela per multos spargatur *l. 3. §. 6. D. h. t.* Uni , inquam : & maxime huic qui diligentior erit , & prior agere occupavit arg. *l. 32. D. de procuratoribus.* Hæc si agat pupillus .

Quid , si conveniatur ? etiam tueri eum debet tutor *l. 30. D. h. t.* sed utrum tutorem ipsum oportet iudicium suscipere ; an pupillum , tutore auctore ? Ulpianus *l. 1. §. 2. D. h. t.* ait , esse tutori licentiam ; utrum ipse malit iudicium suscipere ; an pupillum exhibere , ut iudicium , ipse auctore , suscipiatur . ita tamen , ut pro his qui fari non possint , vel absint , ipsi tutores iudicium suscipiant : pro his autem qui supra septimum annum sint , & prælo fuerint , auctoritatem præstent . addit Ulpianus *d. §. 2.* quod tutores neutro casu tenentur cavere , more aliorum defensorum . Sic in pupillis . Quid in causis adultorum ? erit , inquit Ulpianus , licentia agentibus vel ipsum adultum præsentem in iudicium vocare , ut curatoris consensu conveniatur ; vel contra curatorem agere , ut ipse litem suscipiat . In absentibus autem adultis omnimodo contra curatorem agendum *d. l. 1. §. 3.* Plane , ut pupillum defendere teneatur tutor : tamen observare eum oportet ; ut ubique bonam agnoscat fidem tam sibi , quam aliis ; & si justum esse debitum comperiat , sponte solvat , non utique per Judicem *l. 9. §. 5. §. seqq. D. h. t.* itaque generaliter Ulpianus *l. 10. d. t.* Quotiescumque , inquit , pupilli nomine non fit , quod quivis paterfamilias idoneus facit , non videtur defendi : scilicet , quia non defenditur , ut oportet , boni viri arbitratu . si igitur tutor solutionem , siue iudicium , siue stipulationem , detrectet ; defendi non videtur pupillus *d. l. 10.* Liceat mihi adjicere : quod tutor iudicio victus , si habeat causam bonam ; debet appellare , & solemnia complere *l. 11. C. h. t.* etsi aliud sit in procuratore *l. 17. C. de procuratorib.* Vidimus , quid tutorem in actionibus facere oporteat . videamus iudicii effectum . est autem hic : ut siue agat , siue conveniatur : sententia pro sit , aut noceat pupillo , non tutori *l. 2. D. h. t.* excepta specie *l. 6. C. h. t.*

Transio ad solutiones . hæc factæ tutori , tutelam

gerenti, (de quo sequente Titulo plenius) debitorem liberant ipso jure *l. 46. §. 5. & ult. junct. l. 47. D. h. t.* sive alii solvant, sive ipse solvat quod pupillo debet *l. 9. §. 3. & seqq. d. t.* Hæc vetere jure. at novo Justinianus huic parti diligentius prospexit in *l. 25. & l. 27. C. h. t.* ad quas respicit *§. ult. Inst. Quib. alien. lic. vel non.*

Sequuntur erogationes : nam & hæc permissæ tutori sunt ad providentiam pupilli ; cum hæctenus pro domino habeatur tutor *l. 27. D. h. t.* Potest igitur tutor solvere pupilli debitum ; & , si liqueat , non tenetur expectare ; ut primum judicio conveniatur. contra ei fas est , ultro agnoscere bonam fidem : ut ante dixi ex *d. l. 9. §. 5. & seqq. h. t.*

Foret hic quærendi locus , an tutori jus sit , de rebus pupilli transigere , aut jusjurandum deferre : nisi de his esset supra actum sub propriis Titulis. Remissiones certe gratuitæ , donationesque a tutore factæ , pupillo non nocent *l. 22. D. h. t.* quia magis ad perditionem accedunt , quam ad administrationem. Misurum tamen pupilli parentibus cognatisque solemnia munera , Paulus ait *l. 12. §. 3. D. h. t.* sed negat , daturum dotem sorori , alio patre natæ : præfatus , id etsi honeste , tamen ex liberalitate fieri , pupilli arbitrio servanda. sed de hac accuratius dixi ad Titulum , *De jure dotum.* Illud non prætermittam , quod similiter ait Gajus *l. 13. §. 2. D. h. t.* tutorem ne nuptiale quidem munus misurum pupilli matri aut sorori : etsi ad victum ei necessaria non male præstet ; si ipsa se sustinere non possit : & hanc adfert causam Gajus : quod non perquam necessaria ei hæc remuneratio est *l. 1. §. 5. D. de tutel. & rat. distrab.* quale interim sit hoc nuptiale munus , & quæ sint solemnia munera parentibus cognatisque dari solita , tractant Viri Clarissimi , Jacobus Rævardus *lib. 3. Conjectan. c. 4. & 11.* & Barnabas Brissotius , *lib. 4. Select. antiq. c. 3.*

Ad administrationem postremo spectant alienationes : sed de his ex professio agatur *Titulo penultimo lib. 27.*

Discedam a prima Rubricæ parte , ubi addidero , quod apud Ulpianum *l. 5. §. 8. D. h. t.* monet Papinianus , si pater tutelam filiorum mandavit geri consilio matris , & tutores eo nomine liberavit : non idcirco minus integrum fore tutorum officium ; tamen si viris bonis conveniat , salubre matris consilium admittere. sic vero fieri ; ut neque liberatio tutoris , neque voluntas patris , aut intercessio matris , tutoris officium infringat. Hoc Papinianus in *§. 8. d. l. 5. &*

in *§. 9.* subjicit Ulpianus : usque adeo licere tutoribus patris præceptum negligere ; ut si pater caverit , Ne quid rei suæ distraheretur ; vel , Ne mancipia distrahantur ; vel ne vestis , vel ne domus , vel ne aliæ res periculo subjectæ ; liceat eis contemnere hanc patris voluntatem. Postremo ait Ulpianus *d. l. 5. §. 5.* tutorem sacris Constitutionibus juberi , pupillum suum puberem factum , admonere ; ut sibi curatores petat : & si non admonuerit ; tenetur tutelæ judicio : quasi hoc , quamvis post pubertatem admittatur , tutelæ officio sit connexum.

Altera Rubricæ pars est De periculo tutorum & curatorum. ac consistit hoc in eo : ut tutor , verbi gratia , non observatis quæ dixi , ex illo tempore quo ei innouit , se tutorem datum , tutelæ judicio teneatur *l. 1. §. 1. D. h. t.* Innotescere autem qualiter qualiter sufficit , non utique testato eum conveniri. nam etsi citra testationem , scilicet undecumque cognovit , nulla dubitatio est , quin debeat periculum ad ipsum respicere *l. 5. §. 10. h. t.* Hoc autem quod cognovit tutor , pupillus probare debet *l. 6. d. t.* Facile igitur intelligitur , esse tutoris periculum , sive commisit , sive omisit aliquid , quod sit officio tutelæ contrarium : in quo arguatur ejus dolus aut culpa lata vel levis , *l. 1. D. de tutel. & ration. distrab.* quid , si ex his nihil liqueat ? nullum est ejus periculum *l. 4. C. Arbitr. tutel.* adeo non modo ob casus fortuitos non tenetur *l. 4. C. de peric. tutor.* sed ne ob levissimam quidem culpam *l. 7. C. Arbitr. tutel.* ab hac eum excusante muneris necessitate. Est tamen casus singularis , in quo tutor etiam de levissima culpa tenetur : is casus est in *l. 53. §. 3. D. de furtis.* Est etiam casus in quo tutor tantum ad dolum , & culpam latam adstringitur *l. 2. C. Arbitr. tutel.* item alius *l. 7. §. 2. D. h. t.* atque hunc esse singularem apparet ex his ejus verbis , *In hac parte.* sed nec ignotum est , generi per speciem derogari *l. 80. D. de reg. jur.* Pertinet igitur periculum ad tutorem : quatenus actione tutelæ tenetur & rationem & reliqua præstare. Et si plures sint tutores , omnes in solidum jure stricto tenentur *l. 55. D. h. t.* nec tamen desunt exceptiones quibus ex æquo & bono adjuvantur. una est ordinis *l. 3. §. 2. D. h. t.* altera divisionis *l. 1. §. 11. & 12. D. de tutel. & rat. distrab.* tertia cedendarum actionum *d. l. 1. §. 13.*

Tertia pars Rubricæ est , De agentibus vel conveniendis uno vel pluribus. ad quam consule , si placet , scripta a Viro Clarissimo , Giphanio , ad *l. 2. C. De divid. tutel. pag. 463. & seqq.*

T I T U L U S VIII.

De auctoritate & consensu tutorum & curatorum.

Hic Titulus in Pandectis & Codice est diversus a Titulo , De administratione tutorum , cum possit ejus pars videri. Sed Veteres auctoritatem separasse ab administratione negotiorum , indicio est sequens Ulpiani locus ex *Tit. xi. §. 25. Pupillorum pupillarumque tutores & negotia gerunt , & auctoritatem interponunt. Mulierum autem tutores auctoritatem dumtaxat interponunt.* Tenebantur tamen tutores de auctoritate æque ac de administratione. Auctoritas porro in Rubrica a consensu distinguitur. & est auctoritas tutoris : consensus curatoris. auctoritas solemnitatem habet : consensus nullam. *l. 1. §. 13. D. Ad Senatusconsult. Trebell. l. 19. D. h. t.* De cætero ait Paulus *l. 3. D. h. t.* tutorem fieri auctorem : cum dicit , se probare id quod agitur. Est igitur tutoris auctoritas , expressa approbatio ejus , quod pupillus gerit. Justinianus *l. 4. C. de auct. præst.* dicit suasionem perfectissimam. Verum alia est suasio , alia auctoritas , proprietatem sectantibus. Suetonius , *Tiberio c. 27. Alium dicentem , sacras ejus occupationes , & rursus alium , se auctore eo Senatum adisse , verba mutare , & pro auctore suasorem , pro sacris laboriosas*

dicere coëgit. Ipse Justinianus , *Proem. Inst. §. 3. Mandavimus specialiter , ut ipsi nostra auctoritate , nostrisque suasionibus Institutiones componerent.* Sed proprietatem non ubique servant Veteres : Auctorem pro suasore , & auctoritatem pro suasionem , sæpius ponentes. exempla dedit Freinshemius , *Indice ad Florentum.* Pupillum hic præsertim dicimus eum qui fieri potest ; nam infans non ex auctoritate tutoris , verum per tutorem , gerere atque agere dicitur *l. 1. §. 2. D. de admin. tutor. l. 9. D. de adq. hered.* Imo nec ille pupillus tutoris auctoritatem semper desiderat. est quidem ei necessaria , quoties suam conditionem facit deteriorem. at non est necessaria , ubi facit meliorem : ut si ab alio stipuletur *pr. Inst. l. 9. D. h. t.* aut ei doneatur , seu remittatur , aliquid *l. 2. D. de acceptilat.* contra , si agat quo obligari possit , aut jus suum amittat , imminuat , alienetve , non valet ; nec pupillum tenet , licet is qui cum pupillo contraxit , ei teneatur *d. pr. Inst. h. t. & d. l. 9. pr. §. 1. & 2. D. h. t. l. 13. §. 19. D. de act. empt.* Eadem ratione pupillus ne hereditatem quidem adire sine tutoris auctoritate potest *l. 8. D. de adq. hered.* etsi lucrosa sit : ne ullum damnum accipiat

piat §. 1. *Inst. de d. l. 9. §. 4. D. h. t.* Potest igitur pupillus, infante major, æque ac pubertati proximus, (nam in utroque idem placuit §. 10. *Inst. de inutilib. stipul.*) ex auctoritate tutoris & naturaliter & civiliter obligari *l. 5. D. h. t.* at sine ea tantum naturaliter, non etiam civiliter. imo ne naturaliter quidem, quoties naturalis obligatio adversus eum dirigitur: etsi contra tertium sustineretur. nempe Jurisconsulti magis ad juris effectum, quam ad inanem subtilitatem respicientes, negant, esse obligationem, aut jus aliud, cujus effectus non sit. ac secundum hæc suadeam accipi *l. 59. D. de obligat. & act. §. 1. 41. D. de conduct. indeb.* Postremo si contrahendo pupillus sit locupletior factus, ut ut alias jure civili non repeatur sine tutoris auctoritate: est tamen receptum ex Rescripto D. Pii, ut possit utili actione conveniri *d. l. 5. §. 1. D. h. t.*

Sed apparet, quando necessaria pupillo sit tutoris auctoritas, item quis sit adhibita aut neglecta effectus. Quæris, an tutor a Præatore cogi possit, nolens eam interponere? Sed non putat Paulus *l. 17. D. h. t.* primum, quia iniquum est eum, etiam si non expedit pupillo, auctoritatem interponere. deinde consequitur pupillus, id est, potest consequi, hanc jacturam, si quæ sit, tutelæ judicio. nisi tutor per valetudinem vel absentiam vel aliam justam causam non potuit auctor fieri; tum enim eo nomine non tenetur *l. 10. D. h. t.*

Sequens locus erit, quomodo auctoritatem a tutore interponi oporteat: nulla plane differentia; utrum non interveniat, an perperam adhibeatur *l. 2. D. h. t.* Fac: plures sunt tutores. sufficitne auctoritas unius; an omnium intervenire debet? ante Justinianum intererat inter tutores. nam in legitimis necessaria putabatur omnium auctoritas. in testamentariis unius sufficiebat. auctor Ulpianus a Cujacio emendatus *Notis ad Tit. xi. §. 26.* idem erat in dativis ex inquisitione: quos ut non attingat Ulpianus, refert Justinianus *l. ult. C. de auct. prest.* simul mutans jus vetus. sancit enim, si plures tutores fuerint ordinati, sive in testamento paterno, sive ex lege vocati, sive a Judice vel ex inquisitione, vel simpliciter dati, unius auctoritatem pro omnibus tutoribus sufficere: nondum divisa administratione vel pro regionibus, vel pro substantiæ partibus. & præfatur: quod ibi necesse est, singulos pro suis partibus vel regionibus pupillo auctoritatem præstare. utique, si res quæ agitur, non faciat tutelæ solutionem: alioquin, sive testamentarii, sive per inquisitionem dati, sive legitimi, sive simpliciter creati, sint; jubet, omnes suam auctoritatem interponere. Eademque omnia etiam in curatoribus observari.

Sed apparet, ubi plures sunt tutores, etiam unius auctoritatem sufficere. Utrum tamen hujus qui tutelam gerit: an ejus quoque qui non gerit? hanc quæstionem finit Africanus *l. 49. D. de acquirenda hereditate*, his verbis: *Pupillum etiam eo tutore auctore qui tutelam non gerat, hereditatem adeundo obligari, ait.* Sed Pomponius *l. 4. D. h. t.* contra scribit, & quod mireris, verbis plane iisdem: *Et si pluribus datis tutoribus, unius auctoritas sufficiat, tamen si utique auctoretur, cui administratio tutelæ concessa non est, id ratum haberi a Præatore non debet. Et ideo puto verius esse quod Ofilio placebat, si eo tutore auctore, qui tutelam non gerat, etiam a pupillo, sciens alium ejus tutelam gerere, dominum me non posse fieri. Item si eo auctore etiam, qui a tutela fuerit remotus; nec enim id ratum haberi.* Ut discutiantur tenebræ, dividamus tutorem qui non gerat tutelam. primum sit aliquis qui potest gerere, sed honoris gratia non cogitur gerere, eoque honorarius appellatur tutor *l. 3. §. 2. D. de admin. tutor.* de tali accipiendus est Africanus *d. l. 49.* Sit alius qui non gerit tutelam, quia prohibitus est eam gerere. hoc evenit ei qui postulatus tamquam suspectus, ante quam finiatur cognitio, id est, ante quam a tutela removeatur, interim veratur eam administrare §. 7. *Inst. de suspect. tutor. de*

hoc tutore suadeam exaudiri Pomponium *d. l. 4. & de tali ab eo dici, cui administratio tutela concessa non est*, pro, cui interdicta est tutelæ administratio. est enim *λειτουργς* figura per quam minus dicitur, plus significatur: ut in illo Virgilii *lib. 10. Aeneid. vers. 907.*

Juguloque haud inscius accipit ense.

Ubi sic notat Servius. *Liptotes figura est. non enim dixit non ignarus, sed expectans omnibus votis: ut Munera nec sperno: id est, libenter accipio. In hac autem figura plus cogitur, quam dicitur.* Sic censeo: & res claret ex *l. 14. §. 1. & 2. D. de solutionibus.* Est vero hoc eo magis notandum: quia mihi videor exemplum ejus figuræ etiam deprehendisse in his verbis Ulpiani *l. 15. §. 2. D. de testam. militis, Testamentum ante militiam factum a milite, si in militia decesserit, jure militari valere*, si militis voluntas contraria non sit, *Divus Pius rescripsit.* Sensus Ulpiani est: Si manifesta est nova militis voluntas. nam hoc rescripsit D. Pius *l. 9. §. 1. D. eod. tit.* ut ibi concipio ex his verbis. *Nam hoc quoque jure militari incipiet valere*, Si hoc maluit miles. & alioquin apparet ex *l. 25. D. eod. tit.*

Quod attinet ad res de quibus interponatur auctoritas: nulla differentia est: usque adeo, ut velit Justinianus *l. 4. C. de auct. prest.* tutores & curatores pupillis ac minoribus adesse cum in civilibus, tum in criminalibus causis. tantum cavendum tutore; ne pupillo auctor fiat in rem propriam. nam hoc regula juris prohiberi, Ulpianus monet *l. 1. & l. 7. D. h. t.* ac ponit exemplum: cum tutor, aut ejus servus, aut filius, a pupillo stipulatur. Ex eadem causa ait Ulpianus *l. 5. D. h. t.* Item ipse tutor & emptoris & venditoris officio fungi non potest. Cæterum ut non possit tutor directo auctor fieri in rem suam: ait tamen Ulpianus, per consequentiam eum auctorem fieri, regulam juris non prohibere. Et est ei exemplum in *d. l. 1.* si tutor proprii sui debitoris hereditatem adeunti pupillo auctoritatem accommodet, quamvis per hoc fiat ejus debitor. prima enim, inquit, ratio auctoritatis ea est, ut heres fiat: per consequentiam, ut debitum subeat. Plane, si plures sint tutores quorum unius auctoritas sufficit; (de quibus in antecessum dixi) ait Ulpianus, altero auctore posse eum obligari; sive mutuam pecuniam ei det, sive ab eo stipuletur: idemque esse in emptione *l. 5. pr. & §. 2. D. h. t.*

Ad formam interponendæ auctoritatis pertinet: ut tutor eam interponat pure, non sub conditione; etsi conditionalis sit contractus *l. 8. D. h. t.* præterea vult Gajus *l. 9. §. 5. D. eod. tit.* eum observare, ut statim in ipso negotio præsens auctor fiat: & addit, post tempus aut per epistolam interpositam ejus auctoritatem nihil agere. primum igitur oportet tutorem esse præsentem: talem autem Julianus *l. 14. D. h. t.* non minus animo, quam corpore, æstimat. non enim multum interest, utrum abfuerit tutor, cum negotium contraheretur; an præsens ignoraverit, quale esset. Non magis valet quod agitur: si invitus retentus sit per vim, aut si somno aut morbo comitiali occupatus, tacuerit *l. 1. §. 1. D. h. t.* Cæcus tamen tutor, si pupillo præsens sit, auctor fieri potest *l. 16. D. h. t.* Illud ad formam interponendæ auctoritatis non pertinet; ut tutoris auctoritatem exaudiat qui cum pupillo contraxit, forte emptione aut simili contractu qui etiam inter absentes perficitur per epistolam. sufficit enim, tutorem pupillo præsentem fuisse, & hunc tutoris auctoritate consensisse *l. 9. §. ult. D. h. t.* Quid, si stipulatio contrahatur? ait Paulus, etiam si non interrogatus tutor auctor fiat, ejus auctoritatem valere; cum dicit, se probare id quod agitur: hoc enim esse, auctorem fieri *l. 3. D. d. t.* Similiter quæsitum fuit, an tutorem, ut videatur auctor fieri, adsignare, hoc est subscribere, oporteat: cum in scriptis facta est inter pupillos paternæ hereditatis divisio: ea quæstio proponitur *l. 20. D. h. t.* & respondet Scævola, si tutor auctor fuisset, non minus standum esse divi-

divisioni, quod non assignasset, id est, quod non adscripsisset, vel non subscripsisset: ut optime hic interpretatur, & suis locis probat Theodorus Marcellus ad *Perfusat.* §. vers. 81. *Adsigna Marce tabellas. in Notis p. 142.* Sed redeo ad Gajum. is, præter superiora, adhuc requirit, ut auctoritas interponatur statim in ipso negotio. Quid autem sit statim, declarat Donatus ad Terentium, *Phormion. act. 5. sc. 3. v. 7.* sic enim scribit. *Statim, perpetuo, equaliter, & quasi uno statu.* Nonius: *Statim, inquit, producta prima syllaba, a stando perseveranter & equaliter significat.* Quo sensu etiam Cicero, *Orat. De Aruspice.*

responsis, Haud potest gravioribus a me verbis vulnerari: quam est statim in facto ipso ab illo confectus & trucidatus. Sed hoc olim & pulchre observavit Franciscus Robortellus lib. 2. *Annotat. c. 18.* Nec obstat: quod Ulpianus l. 25. §. 4. *D. de adq. hered.* ait, Tutoris auctoritatem interponi *perfecto negotio.* Nam, si rem spectes, non potest a tutore approbari negotium, nisi perfectum. ita sufficit, probari statim in ipso negotio, vel in facto ipso, æqualiter, & perseveranter. Ulpianus in fine l. 1. *D. de solutionibus* sic exprimit, *In re presenti, hoc est, statim atque solutum est.*

T I T U L U S IX.

Quando ex facto tutoris vel curatoris minores agere vel conveniri possint.

Hic Titulus est quodammodo sequela Tituli, De administratione tutorum & curatorum. docet enim, quando minores (quo nomine pupillum etiam contineri, indicat tutorum & curatorum conjunctio: ut in l. 3. & l. 4. *C. h. t.*) ex facto, id est, ex administratione, tutorum vel curatorum, finita tutela vel cura, agere vel conveniri possint. Ita non quærit, quemadmodum minor ex contractu quem ipse celebravit auctoritate aut consensu tutoris curatorisve, agere vel conveniri possit finita tutela vel cura. nam cum ipse hoc modo creditori sit obligatus jure civili, & vice versa debitorem sibi obligatum teneat: non est dubium, quin ipse possit directa actione agere & conveniri. Sed alio exit Titulus. quærit quippe; an pupillus minorve finita tutela aut cura agere aut conveniri possit ex facto gestoque a tutore aut curatore ipso. Movet, quod a Paulo traditum l. 11. *D. de oblig. & act.* quæcumque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumunt, inanem actum nostrum efficere; & ideo neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter suo nomine agat, nos posse. Porro Ulpianus l. 11. §. 6. *D. de pign. act.* per liberam, inquit, personam pignoris obligationem nobis non semper adquiri. & hoc adeo procedere; ut ne per tutorem quidem aut procuratorem plerumque adquiratur: & ideo ipse actione pigneratitia conveniatur. Una exceptio in mutuo. nam quamvis per regulas juris non recte contrahamus alteri, tamen pecunia mutuo data alterius nomine vel nostra vel ejus, ei conditionem adquirimus l. 9. §. 8. *D. de reb. cred. l. 126. §. 2. D. de verb. oblig.* etiam actionem hypothecariam, quasi genere quodam accessionis ex nova Justiniani Constitutione in l. 2. *C. Per quas person.* Apparet igitur, pupillo aut minori per tutorem curatoremve secundum juris regulam non adquiri actionem. Nihilominus certis ex causis actionem illis quæri, Onesimæ cuidam rescribunt Diocletianus & Maximianus l. ult. *C. h. t.* Certis, inquam, ex causis: id est, ut Accursius exponit, cum in rem pupilli contrahit tutor non in suam. At ne sic quidem ei directa quæritur actio: ne fiat contra regulas juris: sed utilis. Sic: si tutor vel curator mutua data ejus pecunia cujus negotia administrat, ipse stipulatus fuerit, vel in nomen suum emerit prædia; placet Ulpiano l. 2. *D. h. t.* ei cujus pecunia fuit, utilem dari actionem ad rem vindicandam vel mutuam pecuniam exigendam. idemque confirmat Alexander l. 2. *C. d. t.* Similiter scribit Ulpianus l. 5. §. 9. *D. de pecun. constit.* se putare, Si tutori pupilli vel curatori furiosi vel adolescentis ita constituatur, solvi pupillo vel furioso vel adolescenti: utilitatis gratia dandam pupillo, vel furioso, vel adolescenti utilem actionem. Eodem modo rescriptum l. 4. *C. h. t.* minorem ex locatione prædiorum suorum, quam tutor aut curator fecit posse agere, sed, ut dixi, actione utili ex eorum contractu.

E diverso transferuntur quoque in pupillum finita tutela actiones: si tutor bona fide contraxerit. exempli gratia, si in rem minoris profecta sit pecunia, ejus nomine tutori vel curatori mutua data; ait Alexander, merito dandam in minorem esse personalem actionem l. 3. *C. h. t.* Similiter scribit Ulpianus l. 4. §. 1. *D. de evict.* Si impuberis nomine tutor vendiderit, evictione secuta, Papinianus lib. 3. *Responsum* ait, dari in eum cujus tutela gesta sit, utilem actionem. & adjicit, in id demum, quod rationibus ejus acceptolatum est. Sed ea sententia Ulpiano displicet: exultimanti, magis teneri in totum, si tutor solvendo non sit? hac addita ratione, *neque enim male contrahitur cum tutoribus.*

Potest igitur pupillus aut minor ex facto tutoris agere aut conveniri. Sit ita: si tutor egit bona fide. sed finge, egisse dolo malo. Papinianus l. 3. *D. h. t.* sic scribit: *Dolus tutorum puero neque nocere, neque prodesse debet.* primum negat pupillo prodesse tutoris dolum: & convenienter sequenti regulæ, *Alterius circumventio alteri non præbet actionem.* Attulit hanc Ulpianus l. 49. *D. de reg. jur.* eamque huic articulo adcommodavit: nam de dolo tutoris in administratione admissio, cogitasse indicio est Inscriptio, præferens Ulpiani lib. 35. ad Edictum: cum ex eo libro sint etiam l. 1. 3. 5. 7. *D. de admin. tut.* Unum addendum, quod cum ait, alterius circumventionem alteri non præbere actionem, ad effectum respexisse intelligi debet: quando in l. 15. *D. de dolo malo* ipse sic scribit: *Ex dolo tutoris si factus est locupletior, puto in eum dandam actionem: sicut exceptio datur.* Fac. ut exemplo res liqueat: promissor, pupillo stipulante, deceptus est tutoris dolo. pupillus est factus locupletior; putat Ulpianus, dandam in eum de dolo actionem, ut restituat, quod ad eum pervenit. quid si ex stipulatu agat? jam putat, dandam quidem pupillo esse actionem: sed ne ei sic profit tutoris dolum, per exceptionem repelli. quo casu perinde erit, ac si non esset data l. 112. *D. de reg. jur.* Contra possit quis putare, esse tutoris officium, providere & favere rebus pupilli: quippe domini loco haberi l. 27. *D. de admin. tut.* Sed non est juris nostri, improbitati indulgere in alicujus injuriam: ac cum pupillum commendavit tutoris providentiæ; non voluit, ei consuli malo exemplo; imo non aliam cogitavit administrationem, quam bona fide & more licito exercendam. Sic Callistratus l. 33. *d. t.* & optime Ulpianus l. 4. §. 23. *D. de except. dol. mali.*

At quemadmodum non prodest pupillo tutoris dolum; ita non nocet. Hoc Papiniano placet d. l. 3. quando? si extrinsecus quid tutor dolo admiserit. sic Ulpianus l. 4. *h. t.* & putat, extrinsecus fieri, quod admittitur extra rationes pupilli. Papinianus d. l. 3. dicit, id tunc verum esse, cum ex illius fraude locupletior factus non est. Pone ex l. pen. *D. de tab. exhibent.* testamenti tabulas apud pupillum esse, & dolo tutoris esse desuisse. ait Paulus, in ipsum tutorem competere

re re actionem : arbitratus, tutoris delictum videri, & æquum esse, ipsum ex delicto suo teneri, non pupillum; cum videlicet non est eo locupletior factus. Eadem ratione putat Ulpianus, si vel tutor vel curator jus dicenti non obtemperaverit, ipsum puniri, non pupillum *l. unic. §. 2. D. Si quis jus dicent. non obtemp.* Similiter Alexander *l. 6. C. de admin. tut.* Non est ignotum, inquit, tutores vel curatores (adulescentum,) si nomine pupillorum vel adultorum scientes calumniosas instituunt actiones, eo nomine condemnari oportere: ne sub pretextu nominis eorum propter suas similitudines secure lites suas exercere posse existiment. Quid multa? Javolenus *l. 198. D. de reg. juris.* hoc generale esse existimat: ideoque in cæteris quoque causis tutoris dolum pupillo nocere non oportere. & probo, quod addit, ita jus esse, sive solvendo est tutor, sive non est. Atqui potest pupillus ex tutoris dolo conventus, ubi solvendo ille est, quod solverit, recipere. Intellego: sed ejus interest, potius non solvere, quam solvere, & solum repetere: propter rationes alibi adductas *l. 6. D. de minorib. §. l. 51. D. de pecul.* Hæc Papinianus *d. l. 3. h. t.* si pupillus non est locupletior tutoris dolo factus. Sed quid si id sit? jam putat, pupillo nocere dolum; eoque nomine eum recte conveniri; quatenus locupletior factus est. ac ne deessent exempla, adfert tria: primum dicit, pupillum teneri actione tributoria; si per iniquam, id est, dolo malo factam, distributionem favit, hoc est, profuit, rationibus pupilli. alterum exemplum ponit in actione depositi, si res deposita tutoris dolo perierit, consumpta verbi gratia; eoque modo locupletatus sit pupillus. tertium exemplum est in petitione hereditatis, si pupillus ex hereditate quam possidet, desierit possidere tutoris dolo; ita ut ejus rationibus inde illatum probetur a liquid. Cæterum quod Papiniano, idem visum fuit Ulpiano: non uno in loco, neque una ratione. prima est, quod non divinat is qui cum tutore contrahit *l. 4. §. 23. D. de except. dol. mal.* altera est, quod foret pupillo inutile, si tutorum administratio non servetur: nemine scilicet emente *l. 12. §. 1. D. de adm. tutor.* Nihil præter rem fecerim; addens, Papinianum, ubi in pupillum dat actionem, quatenus locupletior sit dolo tutoris factus, non distinguere, utrum solvendo sit tutor, an non sit: igitur, voluisse a tali distinctione abstineri. atque in ea sententia etiam suffragatorem habuisse Ulpianum, liquet dictis locis.

Alio tamen ivisse aliquos, indicat Ulpianus *d. l. 4. §. 23.* fuitque ex his Pomponius, Aristonem sequutus. ait certe *l. 1. h. t.* illi visum aliquando fuisse, pupillum possessorem, si ob tutoris dolum vel culpam (puro, laram: quæ suadet adjecta mentio jurisjurandi in litem) res petita restitui nequeat, esse condemnandum: sed ut ipse temperat, saltem in veram litem æ-

stimationem; non quanti actor in litem juraret: & tamen ira esse perhibet, si rem a tutore servare possit pupillus. Voluit igitur, pupillum teneri ex dolo tutoris, sive eo locupletior factus sit, sive non sit: modo solvendo sit tutor; ab eoque solum possit recipi: hoc plus censet, si non sit solvendo tutor; adhuc pupillum conveniri ex dolo tutoris, sed conventum posse defungi cessione actionum quas habet contra tutorem. Sic Pomponius *l. ult. D. de admin. tutor.* ac vereor; ne non obtinuerit ejus sententia, refutata a Papiniano *l. 3. h. t.* nec minus Ulpiano *d. l. 4. §. 23. D. de except. dol. mal.* ab utroque modeste, & tecto Pomponii nomine. imo Ulpianus *l. 3. §. 1. D. de tribut. act.* eo expresso, pari verecundia eam interpretatione lenit; cum posset improbare. intererit, hoc demonstrasse. Species: Servus pupilli vel furiosi, sciente tutore vel curatore negotiatus est in merce peculiari. is servus est pupilli, domini sui, debitor. quædam præterea debet creditoribus mercium. his petentibus quod sibi debetur, tutor pupilli, id est, domini nomine, facturus, uti moris est, inter creditores distributionem mercis peculiaris, in ea versatus est dolo malo. quæritur, utrum adversus tutorem, an adversus pupillum, competat tributoria actio, iniquitatem distributionis emendatura. ait Ulpianus, dolum quidem tutoris vel curatoris non debere pupillo vel furioso nocere: at nec lucrosum esse oportere. & ideo infert, hætenus eum ex dolo tutoris tributoria teneri, si quid ad eum pervenerit. injiciebat moram, quod Pomponius lib. 8. Epistolarum scripsit, si solvendo tutor sit, pupillum ex ejus dolo teneri. Sed non idcirco transit in diversam partem Ulpianus, deserta sua. simulat tamen, a Pomponio dictum in suam sententiam quodammodo trahi posse: modo ita accipiat, quasi voluerit, pupillum, cum non est solvendo tutor, saltem hætenus ex dolo tutoris teneri, ut actionem quam contra tutorem habet, præstet. Si verum quærimus; illa non fuit Pomponii sententia: nam (ut apparet ex *d. l. ult. D. de admin. tutor.*) clare docuit pupillum, si solvendo sit tutor, posse in litis æstimationem conveniri: & si non sit solvendo, tum demum defungi cessione actionis quam habet contra tutorem. Ulpianus tamen specie excusantis loquendi obscuritatem, Pomponium perinde interpretatur, ac si intenderet id quod dictum. idemque observavit in *l. 21. §. 1. D. de peculio*, quam aliter explicari nequit. Sic mihi persuadeo, & similem notavi refutandi verecundiam Veterum supra sub Titulo *De receptis.* in *l. 19. §. 2. ibidem*, & lib. sing. *De pact. & transact. c. 24.* in *l. 17. §. 3. D. de pact.* ac nescio, an vel inde lumen petere debeat quod ab eodem Ulpiano traditum in *l. 1. §. 6. D. Ne vis fiat ei.*

T I T U L U S. X.

De suspectis tutoribus & curatoribus.

EXpositis modis quibus tutela constituatur, tempestivum est, subicere, quibus finitur. Hi sunt duplices: vel enim ipso jure finitur tutela, vel facto Magistratus esse desinunt tutores. primum ipso jure finitur tutela: & est exemplum in pubertate & viripotencia. meminit Justinianus *pr. Inst. Quib. mod. tutel. finit.* & addit, pubertatem in masculis post annum decimum quartum completum illico incipere, & viripotentiam in fœminis post duodecim annos completos: ita ex sua Constitutione obtinuisse; cum ante variarent Veteres. Sed de hoc supra sub Titulo, *De ritu nuptiarum.* Præterea refert Justinianus, tutelam finiri morte pupilli vel tutoris. item tutoris capitis deminutione per quam libertas vel civitas amittitur, omnem tutelam perire: minima autem capitis deminutione tutoris, veluti si se in adoptionem dederit, legitimam tantum perire, cæteras

non perire. sed pupilli & pupillæ capitis deminutione, licet minima sit, omnes tutelam tolli. Postremo ait, eos qui ad certum tempus testamento dantur tutores, eo finito, tutelam deponere *d. t. Quib. mod. tutel. fin.*

At tutela non tantum ipso jure finitur: verum etiam desinunt esse tutores, qui vel removentur a tutela ob id quod suspecti visi sunt: vel qui ex justa causa se excusant, & onus administrandæ tutelæ deponunt. *§. ult. Inst. d. t.* ad illos spectat præfens Titulus: ad hos sequens.

Suspectum tutorem definit Ulpianus eum qui moribus talis est, ut suspectus sit. enimvero tutor, quamvis pauper est, fidelis tamen & diligens, removendus non est quasi suspectus *l. 8. D. h. t.* Recte: siquidem (ut Ulpianus infit *l. 31. §. 1. D. de reb. auct. judic. possid.*) tutorem non facultates, sed fraudulenta in rebus

rebus pupillaribus, sed callida conversatio suspectum commendat. proinde in *l. 5. d. t.* suspectus, inquit, fieri is quoque qui satisfecerit, vel nunc offerat, potest. duplici ratione: una est ipsius; quod expedit pupillo (*magis*: hoc subaudiendum verbum, ut alibi saepe) rem suam salvam fore, quam tabulas rem salvam fore cautionis habere. altera ratio est Callistrati, quod satisfactorio propositum tutoris malevolum non mutat, sed diutius grassandi in re familiari facultatem praestat *l. 6. d. t.* Suspectus igitur est qui non ex fide tutelam gerit, licet solvendo sit: ut Julianus quoque scripsit. sed & ante, quam incipiat tutelam gerere tutor, posse eum quasi suspectum removeri, idem Julianus scripsit §. 3. *Inst. d. t.* Et exemplum *l. 2. §. 3. C. §. 1. 4. §. 4. D. h. t.* Simile, si nolit satisfacere dolo malo: nam si inopia hoc faciat, removetur quidem, sed sine infamia *l. 1. C. de tut. vel cur. qui sat. non dat.*

De suspectis igitur tutoribus & curatoribus disputaturi, ex praecepto Ulpiani *l. 1. §. 1. h. t.* primum tractemus, unde descendat suspecti crimen, & apud quos postulari quis possit suspectus tutor vel curator: tum quis & a quo, & ex quibus causis removeatur: deque poena suspecti. Primum sciendum esse, inquit Ulpianus, *suspecti crimen* (id est, suspecti criminationem sive accusationem, ut bene interpretatur Theophilus, & suis exemplis confirmat Brissolius *De verb. signif.* in verbo, *crimen*) e *Lege Duodecim Tabularum descendere*. Ejusque Legis etiam meminit Cicero *De offic. lib. 3.*

Proxima Ulpiani cura est, apud quos postulari possit suspectus tutor aut curator. sic vero opinatur *d. l. 1. §. 3.* *Damus autem ius removendi suspectos tutores Romae Prætoribus: in provinciis Præsides earum.* Est hæc locutio privati Jurisconsulti, præ se ferens formam Legis: more ei non insolito. nam & in *l. 19. D. de reb. auct. judic. possi.* similiter, *Dabimusque*, inquit, *ex his causis ipsi mulieri privilegium*. Non est Jurisconsulti, dare privilegium, sed Principis. datum privilegium docendo explicare, hoc vero Jurisconsulti est. Res certa; & commode Græci *Basilic. lib. 9. tit. 7. p. 540. tom. 1.* sic transferunt: *Habet igitur & ipsa privilegium*. Similiter non est Jurisconsulti: dare jurisdictionem aut imperium: sed datum interpretari. Sunt hæc locutiones diligenter notandæ: ne si quandoque occurrant, Triboniano temere impudentur: ut factum ab Antonio Fabro *V. CL. lib. 16. Conject. c. 12. ad fin.* qui non observata hac loquendi forma apud Veteres, interpolatum a Triboniano esse putat Ulpianum *l. 34. §. 8. D. de jurejurando*: ut sub illo Titulo observavi. Oportet igitur (hoc enim agendum) & in *d. l. 1. §. 3.* Ulpianum perinde accipi, ac si diceret, cognitionem de suspectis tutoribus, ejus opinione, competere majoribus Magistratibus, qualis Romæ Prætor & in provinciis Præsides: municipalibus vero Magistratibus non competere: atque evidente ratione; quod cognitio suspecti tutoris non exercetur alibi, quam pro tribunali: eamque, ut est magis imperii, quam jurisdictionis, habent quidem Prætor, & similes majores Magistratus; sed municipales Magistratus non habent. Hoc sensu Paulus *l. 105. D. de reg. jur.* quæ est ex lib. 1. Ad Edictum, *Ubiunque causa cognitio est, ibi Prætor desideratur*. id est, ibi non sufficit Magistratus municipalis: ut ex Inscriptione docui *lib. 1. De jurisd. §. imper. c. 3.* Illud quæstionis est: utrum Prætor aut Proconsul quorum est suspecti tutoris cognitio, eam debeat per se tantum exercere; an etiam aliis mandare possit? Hoc magis puto: nimirum, quia ea cognitio illis jure proprio, sive jure Magistratus sui competit: ac quæ ejus generis sunt, mandari possunt *l. 1. D. de offic. ejus cui maxime vero id procedit, specialiter mandata suspecti cognitione*. imo Macer. *l. 4. D. eod. tit.* ait, propter utilitatem pupillorum fieri, ut ex mandata generali jurisdictione, vel ipsa mandata intelligatur; itaque constitutum esse. quod & Ulpianus confirmat *l. 1. §. 4. D. h. t.* At enim Marcianus *l. 1. §. 11. D. Ad Senatusc. Turpil.* scribit in hæc

verba: *Suspecti tutoris accusatio pro tribunali tantum examinari potest: & nullus alius de hujusmodi questione, quam Præsides pronunciare potest.* Sed, ut demonstravi *lib. 2. De jurisd. §. imper. c. 9.* Marcianus Præsidem quidem opponit Magistratibus municipalibus quibus non erat jus cognoscendi de his quæ pro tribunali decernebantur: sed mandataris jurisdictionis qui ex mandato Præsidis ejus vice & partibus fungentes, jus pro tribunali cognoscendi habebant, Præsidem non opponit.

Ostendimus, qui possunt de suspecto cognoscere. nuuc videamus, qui suspecti fieri possunt. Ulpianus *l. 1. §. 5. h. t.* ait, *Omnes tutores posse*. igitur omnes sine discrimine, sive testamentarii sint, sive non sint, sed alterius generis tutores: verbi gratia, a Magistratu dati. an & legitimi? ex superioribus sic infert Ulpianus: *Quare & si legitimus sit tutor, accusari poterit. quid si patronus; adhuc idem erit dicendum.* Sic Ulpianus: et si non sine temperamento, & in utroque, cum legitimo, tum patrono quoque: nam ita ex audio hoc sequens ex Ulpiano, *Modo ut meminerimus, patrono parcendum*: patiente loquendi forma, observata alibi *lib. sing. Ad Edict. De pactis & transact.* tum usu juris, ut mox apparebit ex Modestino *l. 9. D. h. t.* Interim non prætermittam, ex *d. l. 1. §. 5.* quæ est Ulpiani §. 2. *Inst. h. t.* ita non ex vero representari a Justiniano. *Quare & si legitimus sit tutor, accusari poterit. quid si patronus; adhuc idem erit dicendum, dummodo meminerimus, fama patroni parcendum esse, licet ut suspectus remotus fuerit.* Postrema verba, *Licet ut suspectus remotus fuerit*, jure suspecta fuere Amico meo, Henrico Brenkmano, Erudito & Ingenioso Viro, *Diatrib. De Eurematicis. c. 6.* defunt enim in *d. l. 1. §. 5.* præterea suadent quidem Veteres, pupilli agnato, affini, aut patrono, si ob dolum removendi sint, parci reverentia necessitudinis aut patronatus, ideoque eis adjungi potius curatorem, quam eos notata fide removeri. verum remotos, ut suspectos, id est, ob dolum, ubi excusant ab infamia? nusquam. quid, si melius & circumspicius Modestinus *l. 9. D. h. t.* Si tutor, inquit, aliquo vinculo necessitudinis vel adfinitatis pupillo conjunctus sit, vel si patronus pupilli liberti tutelam gerit, & quis eorum a tutela removendus videatur, optimum factum est, curatorem ei potius adjungi, quam eundem cum notata fide & estimatione removeri. Rem dedi veram & claram: nisi si quis, excusandæ receptæ lectionis gratia, malit, remotus a Justiniano in *d. §. 2.* per Enellagen temporis dici pro removendus; aut alioquin id verbum accipere sine effectum; ut hujusmodi locutiones in *pr. Inst. de emptione & venditione* & alibi notavi supra sub Titulo, *De contrah. empt.* Sed mihi in proposito magis placet conjectura Domini Brenkmani: præterea observantis id quod res est, ex Modestini verbis, *Optimum factum est*, itemque ex ejus Inscriptione, lib. singularem *De Eurematicis* præferente, non spectare ad rigorem juris: sed esse consilii & suasionis adversus juris rigorem, ut hujusmodi consilia & suasiones Euremata a Modestino appellari, olim animadvertit Dominus Cujacius *lib. 12. Observ. c. 32.*

Consequens est, ut videamus, qui possunt suspectos postulare. Et ait Ulpianus *l. 1. §. 6. h. t.* quasi publicam esse hanc accusationem: puto, quia descendit ex Lege Duodecim Tabularum *d. l. 1. §. 2.* cum publica judicia veniant ex Lege aliqua publicorum judiciorum *l. 1. D. de public. judic.* ita non est vere publica, tamen est quasi publica; scilicet, quia omnibus patet: exemplo publicorum judiciorum: in quibus executio, hoc est, ut alibi explicui, accusatio, cuius ex populo plerumque datur §. 1. *Inst. De public. judic.* Admittuntur igitur ad suspecti tutoris accusationem omnes qui volent agere: ut in popularibus actionibus. & tamen interest, quod popularis actio tantum integræ personæ permittitur: id est, cui per Edictum postulare licet *l. 4. D. de popul. act.* sed hoc plus est in præsentē accusatione: quod etiam potest tutor

tutor suspectus remotus contutores suos suspectos facere : ut Ulpianus *l. 3. D. h. t.* observat. Liberti quoque pupillorum, inquit, §. 1. *d. l. 3.* grate facient, si tutores vel curatores eorum male gerentes rem patronorum, vel liberorum patronorum, suspectos fecerint. Sed si patronum suum, ut suspectum in tutela facere velint ; melius est, liberos ab accusatione repellere, ne in ipsa cognitione gravius aliquid emergat : cum hoc aliis omnibus pateat. Cum ait, *Melius est* : apparet, ipsum quoque id ex Eurenaticis esse : ut optime observavit modo laudatus Dominus Brenkman.

Admittuntur igitur ad suspecti tutoris accusationem sine distinctione omnes mares. An & feminae ? admittuntur : sed hæ solæ quæ pietate necessitudinis ductæ, ad hoc procedunt : ut puta, mater, nutrix quoque & avia. potest & soror, & si qua alia mulier fuerit cujus Prætor perpensam pietatem intellexerit, non sexus verecundiam egredientis, sed pietate productam, non continere injuriam pupillorum, admittet eam ad accusationem *l. 1. §. 7. h. t.* De impuberibus quæritur ? & Ulpianus *l. 7. h. t.* Impuberibus quidem, inquit, non permittitur suspectos facere : adolescentibus plane permittitur volentibus suspectos facere curatores suos, dummodo ex consilio necessariorum id faciant. Præterea videndum, an & sine accusatione possit suspectus repellere ? & magis esse putat Ulpianus, ut repellere debeat, si Prætori liqueat ex apertissimis rerum argumentis, suspectum eum esse : idque favore pupillorum recipiendum esse *l. 3. §. 4. D. h. t.*

Nunc age tractemus, ex quibus causis suspecti removeantur. Ait autem Ulpianus *d. l. 3. §. 5.* ob dolum in tutela admissum suspectum licere postulare : si forte grassatus in tutela est, aut fordide egit, vel perniciosè pupillo, vel aliquid interceptit ex rebus pupillaribus jam tutor. Similiter ait Ulpianus *d. l. 3. §. 12.* Si tutor inimicus pupillo parentibusve ejus sit, & generaliter, si qua iusta causa Prætorem moverit, cur non debeat in ea tutela versari, rejici eum a Præatore oportere.

Hæc ita Ulpianus, si quidem admissum aliquid dolo malo a tutore sit in tutela, sive cum jam est tutor, nam si ante admisit, quam tutor esset, quamvis in bonis pupilli, vel in tutela ; contra placet Ulpiano *d. l. 3. §. 5.* non posse suspectum tutorem postulare : quia delictum tutelam præcessit. proinde si pupilli substantiam expilavit, sed antequam tutor esset : putat, accusari debere expilatæ hereditatis : si minus furti. E diverso quoque quæri potest, si tutor fuerit pupilli, idemque sit curator confirmatus adolescenti, an possit ex delictis tutelæ suspectus postulari ? Et cum possit tutelæ a concuratoribus conveniri ; consequens erit dicere, cessare suspecti accusationem. ita Ulpianus §. 6. *d. l.* optima ratione, quia ut tutelæ agi possit finita tutela, instituitur suspecti postulatio, in præsentia autem deposito officio & alio sumpto, finita tutela est, & potest tutelæ agi : non igitur est opus accusatione & remotione suspecti tutoris. Idem esse quærendum ait §. 7. si proponas aliquem desisse esse tutorem, & rursus cœpisse, (ut puta usque ad tempus vel ad conditionem erat datus, deinde iterum, vel superveniente conditione testamentaria, vel etiam a Præatore datus est) an suspectus postulari possit ? Et ait, quia duæ tutelæ sunt, si est, qui cum tutelæ iudicio conveniat, æquissimum erit dicere, cessare crimen suspecti. Quid, si ipse tutor est solus, numquid quia tutelæ cessat, removendus sit ab hac administratione, quasi in hac suspectus ex eo, quod in alia male versatus sit ? Hæc quæstio sic proponitur in §. 8. nec sequitur responsio. ex more tamen disputandi Veterum interrogationi inclusa affirmatio videri debet : atque inde explicandum quoque quod ibidem sequitur : Ergo & in eo qui curator solus post finitam tutelam confirmatus est, idem dici potest. Sunt & alia huius generis complura §. 9. 10. & 11. sed ex superioribus intellectu non difficilia. Illud non prætermit-

tam ; nam ab eodem fonte profuit : quod in §. 8. *Inst. h. t.* ait Justinianus, Si suspecti cognitio suscepta fuerit, posteaquam tutor vel curator decesserit, extinguatur suspecti cognitio.

Reliquum est, ut de effectu postulati tutoris suspecti, deque remoti pœna, deliberemus. effectum institutæ postulationis proponit Imp. Justinianus §. 7. *Inst. h. t.* his verbis : *Si quis suspectus postulatur, quoad cognitio finiatur, interdicitur ei administratio, ut Papiniano visum est.* Idemque confirmat Ulpianus *l. 14. §. 1. D. de solutionib.* Gordianus *l. 7. C. h. t.* addit, alium, puta curatorem, interea in locum ejus in administratione rerum ordinandum esse. Est vero hoc jus singulare, introductum in favorem pupillorum : ideoque non trahendum ad consequentiam : iudicio ab executione non facile inchoando *l. 1. C. de execut. rei judic.* sane in aliis reis criminis postulatis, simile quid nusquam proditum : etsi placeat, eos novos honores appetere non debere, antequam purgaverint innocentiam suam *l. unic. C. de reis postulat. lib. 10. tit. 58.* Dixi de effectu institutæ postulationis suspecti tutoris. expectas effectum probatæ. Est is ; ut tutor esse desinat, facto Magistratus a tutela remotus §. ult. *Inst. Quib. mod. tut. fin. l. 14. §. 2. D. de solut. & alius in ejus locum constituatur l. 6. C. h. t.* ipso ramen jure est tutor : & optime Papinianus *l. 10. D. h. t. Decreto Prætoris ut suspectus remotus, periculum futuri temporis non timet : iniquum enim videtur, removeri quidem a tutela vel cura, in futurum autem non esse securum.*

Pœna porro remoti tutoris suspecti majore premittitur difficultate, & cura opus habet diligentissima, cum propter alia, tū propter hæc Imp. Justiniani §. 6. *Inst. h. t.* verba : *Suspectus remotus, si quidem ob dolum, famosus est : si ob culpam, non æque.* Quod de dolo dicit, est omnium consensu verum. At quam intelligit culpam : utrum latam, an levem ? Plerique omnes levem existimant. sed, spero, ignoscent mihi, latam interpretanti. Utique si rem putemus sine affectu atque ambitione quam simplicissime, ut oportet ; patitur quidem juris providentia tutorem, etsi bonum & sanctum, ob culpam latam, id est, quia nescit quod omnes sciunt *l. 213. §. 2. D. de verb. signif.* tamquam socordem, eoque ad administrandum ineptum atque inutilem, a tutela removeri : tutorem vero honestum & probum, insuper ad administrationem aptum atque idoneum, ob quam levem culpam, id est, ob quem levem errorem, a tutela removeri, quæ patitur naturalis aut civilis ratio ? Non me fugit, eum ob levem culpam, si qua pupillo nocuerit, ei teneri actione tutelæ. Verum de hac demum quæritur, finita tutela §. ult. *Inst. De Atilian. tut.* præsens autem deliberatio est de accusatione & remotione suspecti, tantum locum constante tutela habente §. 8. *Inst. h. t.* Igitur quid laboramus ? si enim ob levem culpam non convenitur durante tutela tutor ; nec ob eam a tutela umquam removetur : nonne furiosus sit, in *d. §. 6.* quærere ; an ob levem culpam remotus, infamis fiat ? Contra, si tutor, quamquam vir bonus & probus, a tutela optimo jure removetur ob culpam latam, id est, quia apparet, eum ad administrationem non esse idoneum : aut fallit me animus, aut in *d. §. 6.* fuit causa admonendi, tutorem ob culpam latam, id est, ne pupillo noceat simplicitate, an stultitia, a tutela quidem removeri, sed salva existimatione. Prorsus convenienter huic Ulpiani *l. 3. ult. D. h. t. Qui ob segnitiam, vel rusticitatem, inertiam, simplicitatem, vel ineptiam remotus sit, in hac causa est, ut integra existimatione tutela vel cura abeat.* Per segnitiam, rusticitatem, inertiam, simplicitatem, ineptiam, indigitari socordiam, id est, ut Jurisconsulti loquuntur, culpam latam, multis demonstravi *lib. 1. Probabil. c. ult.* Proinde cum Ulpiano infamis non habetur tutor, ob segnitiam, rusticitatem, inertiam, simplicitatem, vel ineptiam, remotus : quid restat ? nisi, ut ei infamis non habeatur tutor, ob latam culpam remotus : quamquam ob

dolum tutela abire iussus, infamis reputetur. Sed refert; quod alter, dum sciens & volens improbe fraudat hominem, hunc impuberem, & per ætatem se non valentem defendere, ideoque ejus tutelæ ac fidei commissum, pessimo exemplo abrumpit vincula humanæ societatis ad tuendam communem infirmitatem comparatæ, optimo jure sceleratus, turpis ac nefarius habetur. Alter contra, si forte nocet pupillo; non ut ille volens & sciens peccat improbe: magis ignorans & nolens ei nocet, utique non calliditate consilii, sed stultitia atque errore, sed infirmitate naturæ ei parum faventis, ideoque ab infamia omni humano jure excusandus. Non dubito, quin huc spectet quoque sequens Ulpiani diligentia l. 4. §. 1. & 2. D. h. t. Decreto igitur debet causa removendi significari, ut appareat de existimatione. Ut exemplo liqueat Ulpiani observatio, apponam formulam decreti duplicem. prior talis sit: Quoniam apparet, Sejum tutelam Mævii, ob ineptiam & simplicitatem administrare non posse; idcirco eum a tutela abire, placeat. In hac formula inserta a Prætore causa non infamante, Sejus a tutela abibit integra existimatione. Aliter ac si sic decernatur: Quando apparet, Sejum tutelam Mævii gessisse dolo malo; idcirco eum a tutela abire jubeo. In hac formula ob dolum remotus a Prætore tutor, procul dubio infamis erit. Quid ergo? (sic pergit d. loc. Ulpianus) si non significaverit causam remotionis decreto suo? Papinianus ait, debuisse dici, hunc integræ esse famæ. Videlicet, quia in decreto non expressa remotionis causa, potest videri non ob dolum malum remotus tamquam improbus & flagitiosus: sed ob latam culpam tamquam ineptus aut segnis: etsi alioquin fidelis & probus. Non omitrenda quoque est sequens Ulpiani moderatio l. 3. §. ult. d. t. Quod si quis ob fraudem non removebit ali-

quem, sed ei adjunxit (curatorem) non erit famosus, qua ratione? quia non est abire tutela iussus. Exemplum dedi supra ex l. 1. §. 5. & l. 9. d. t. simul indicavi, esse ex Eurenaticis Modestini, indicio Inscriptionis d. l. 9. Eo modo accipiendum etiam hoc Justiniani §. 5. Inst. de curatoribus: Interdum & pupilli curatores accipiunt, ut puta si legitimus tutor non sit idoneus (nempe moribus) quoniam habenti tutorem tutor dari non potest. item si testamento datus tutor, vel a Prætore aut Præsede, idoneus non sit ad administrationem, nec tamen fraudulenter negotia administret: solet ei curator adjungi. Sit igitur Justiniano in d. §. 6. infamis tutor remotus ob dolum: ob culpam latam non æque. At culpa lata pro dolo habetur l. 226. D. de verb. signif. & clare Ulpianus l. 7. §. 1. D. h. t. sic scribit: Si fraus non sit admessa, sed lata negligentia, quia ista prope fraudem accedit, removeri hunc quasi suspectum oportet. Sed hæc, & quæ præterea possint morari meam sententiam, ex professo discussi lib. 1. Probabilium c. ult. Non minus juvabit, addidisse, a me scripta sub Titulo Depositi ad difficilem & obscurum Celsi locum qui est in l. 32. D. Depositi vel contra, & quod scio, a nullo adhuc bene expositus Docto Viro.

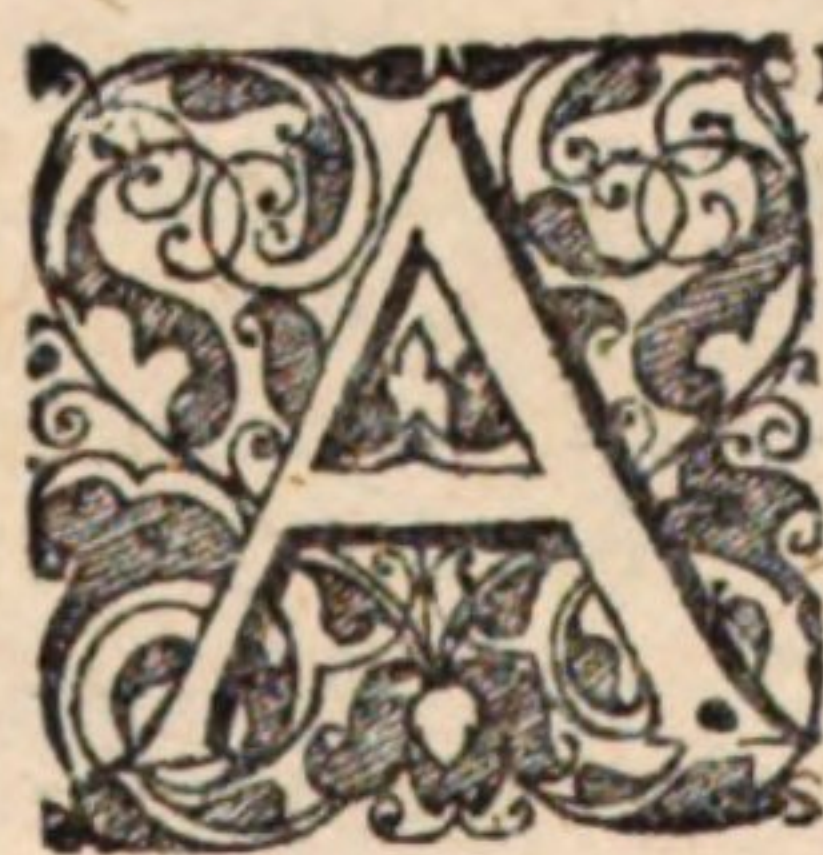
Præter infamiam qua afficitur tutor remotus ob dolum, sunt & aliæ pœnæ quibus eum gravari, placuit. talis est missio in possessionem bonorum §. 9. Inst. h. t. sunt & vincula publica l. 3. §. 16. D. d. t. Ne hoc quidem sine subsistit Prætor: arbitratus, atrocitatem sceleris aliquando vel corporali pœna esse vindicandam, eoque casu, quia ipse tantum habet mixtum imperium, solet tutorem graviter puniendum mittere ad Præfectum Urbi: cujus in Urbe est merum imperium. exempla sunt in §. 10. & 11. Inst. & l. 3. §. 15. D. h. t.



LIBER VIGESIMUSSEPTIMUS.

TITULUS I.

De excusationibus.



ALTER modus quo tutores facto Magistratus esse desinunt, excusatio appellatur §. ult. Inst. Quib. mod. tutel. finit. estque allegatio vacationis vel immunitatis quam quis habet ex privilegio vel ex justa causa. Ea excusatio est tutori tutelam recusanti idcirco necessaria: quod tutela annumeratur civilibus muneribus personalibus l. 1. §. ult. de munerib. ad quæ subeunda potest unusquisque a Prætore cogi multæ dictione & pignoris captionem l. 9. D. d. tut. Hoc sensu Ulpianus l. 1. D. de admin. tut. Gerere, inquit, atque administrare tutelam extra ordinem cogi tutor solet. Extra ordinem autem est, per Prætorem ejus remediis: non ordinario jure per Judicem actione tutelæ. Hoc donec tutor cœperit tutelam gerere: deinde cessant partes Prætoris, sive (ut ait Ulpianus l. 5. §. 2. & 3. d. tit.) ejus qui solet cessantes cogere, & est actioni tutelæ locus.

Cæterum in excusatione veniam, (ad hanc enim) observanda sunt tria: primum tempus, deinde forma, postremo causa aut privilegium. Quod attinet ad tempus: placuit Oratione D. Marci, eos qui in Urbe, id est, Romæ, habitant, vel intra centesimum ab ea lapidem, id est, intra centesimum milliare, se excusare intra quinquaginta dies continuos ex quo cognoverint, manifestatione vel ad faciem vel ad domum facta (sic loquitur Modestinus l. 13. §. 1. h. t.)

se esse tutores datos, cujuscunque generis sint, id est, qualitercumque dati. quod si ultra centesimum milliare habitant, fieri dinumerationem viginti millium diurnorum, & amplius triginta dierum. Occurrebat quidem in hoc articulo aliqua in verbis Constitutionis difficultas. sed hanc ex ejus mente sustulit Cerbidius Scævola; dicens, eam dinumerationem ita observari oportere, ne pauciores sint dies quam quinquaginta, ut refert Modestinus d. l. 13. §. 2. & Imp. Justinianus §. 16. Inst. h. t. Hoc tempus si observarit tutor, bene est: alioquin ejus quod non fecerit, periculum subit d. l. 13. §. 1. posita utili tutelæ actione l. 4. §. 3. D. Rem pupil. vel adolesc. salv. for. nec deinde admittetur ejus excusatio quasi temporis præscriptione sumpta d. l. 13. §. 1. D. & l. 11. C. h. t. Ne hoc quidem præteribo (quod monet Paulus l. 38. D. d. t.) quinquaginta dierum spatium de quo dixi, tantummodo ad contestandas excusationum causas pertinere: peragendo autem negotio ex die nominationis continuos quatuor menses esse constitutos. Et tamen si cum ipse institueret, ut proferret excusationem, mora contradictionis impeditus est, quo minus decreto liberaretur, putat Triphoninus, recte adhuc probari excusationem. eademque adhibenda æquitas est; si quæ vis major inciderit d. l. 13. §. 7. h. t. Dixi de tempore.

Transeo ad formam. primum fit excusatio vel in partem vel in totum d. l. 13. §. 3. hoc modo passim; illo, si diffusum sit pupilli patrimonium longe lateque,

ut sunt talia exempla apud Senecam *Epist.* 65. § 89. & potest eo casu in urbe tutor datus se excusare, ne ultra centesimum lapidem administret. cæteris vero bonis quæ ultra eum lapidem sunt, alius erit tutor dandus. Ita Marcianus *l. 21. §. 2. D. h. t.* verba ejus, uti eduntur, apposui. *Licet datus tutor ad universum patrimonium datus est, tamen excusare se potest, ne ultra centesimum lapidem tutelam gerat: nisi in eadem provincia pupilli patrimonium sit, & ideo illarum rerum dabunt tutores in provincia Præsides ejus.* Verba Marciani sunt corrupta meo iudicio, atque ita restituenda: *Licet datus tutor ad universum patrimonium datus est, tamen excusare se potest, ne ultra centesimum lapidem tutelam gerat: & ideo illarum rerum dabunt tutores in provincia Præsides ejus.* Expunxi verba, nisi in eadem provincia pupilli patrimonium sit: quia sunt Interpretis manifeste: certe nihil efficiunt. contra vacant; quin conturbant sensum alioquin optimum & plenum.

Sed redeo ad formam excusationis in ea aliud placuit olim, aliud postea obtinuit. olim oportuit tutorem a datione statim appellare: sicut oportebat statim appellari a delatione cæterorum munerum. sed hoc mutavit D. Marcus, quantum attinet ad tutelam. ita in cæteris muneribus, & honoribus adhuc obtinet; ut, si cui deferantur, is non aliter possit causas suæ immunitatis allegare, quam interjecta ante appellatone: sed si quis tutor datus fuerit vel testamento, vel a quo alio qui jus dandi habeat, eum non oporteat a datione provocare; sed intra tempora præstituta allegandam habeat excusationem; & si pulsa fuerit, tunc demum appellare debeat, ante frustra appellet. Ad hunc modum fere Ulpianus *l. 1. §. 1. & 2. D. Quand. appelland.* & quia clare: nolim, quod a multis fit, in *l. 13. h. t.* captari Modestini verba facto a contrario argumento: sed secundum hoc exponi. idemque suadeam observari circa cætera loca quæ insuper solent a Viris Doctis objici: ut est pulchre a Domino Vinnio observatum ad §. 16. *Inst. h. t.* Cæterum quod de tutoribus datis dixi, hoc & in curatoribus, similitudine rationis ex mente Constitutionis recipit Modestinus *d. l. 13. §. 1.*

Dicitur igitur excusare se tutor aut curator; cum ad hanc formam allegat causam aut privilegium; cur non debeat cogi ad suscipiendam tutelam vel curam: modo id faciat pro tribunali. nam excusatio ibi, non de plano, examinatur. Eo sensu Ulpianus *l. 25. h. t.* Excusare, inquit, se tutor per libellos non poterit. nimirum, quia excusatio decretum & causæ cognitionem desiderat. Interrumpendæ tamen præscriptionis gratia quo minus per Libellum fiat contestatio, nihil impedit. itaque rescriptum esse, refert Modestinus *d. l. 13. §. 10. h. t.* Sunt hæc vera & necessaria: præsertim in his qui jure dati sunt tutores: in cæteris autem qui non sunt jure dati, hæc observari nihil opus esse, idem monet Modestinus *d. l. 13. §. 11. & 12.*

Superest, ut tractemus de causis & privilegiis, vacationi & immunitati a tutela aut cura locum facientibus. Est autem utilis hac in parte Modestini observatio *l. 15. §. 12. D. h. t.* docentis, quod qui habet immunitatem a civilibus vel publicis muneribus, non idcirco a tutela vel cura excusatur. contra habet tutela ac cura suas proprias excusationes ac propria privilegia: alia frustra allegantur. Intererit illa quæ sunt, intelligi. Late enumerantur hoc Titulo Institutionum, Pandectarum, & Codicis: ac quia fere inspectione & lectione liquere possunt: interpretatione non egent.

Tantum addam, quod si unam quis habet causam, aut privilegium unum; potest eo uti quod habet: si habet causas plures, aut plura privilegia, potest omnibus uti intra tempora constituta *l. 21. §. 1. D. h. t.* nam excusatio est species defensionis, nec quis prohibetur, plures habens defensiones, etiam alia uti, nisi Lex impedit *l. 43. D. de reg. jur.* Unum desideratur, ut pluribus uti volens excusationibus omnes intra tempora constituta nominet apud Judicem: alioquin similem esse ei qui nequaquam accessit, aut accessit quidem, justam autem remissionis causam non nominavit, Modestinus ait *l. 13. §. 8. D. h. t.* Superiori observationi accedit altera: quod omnes causæ debent esse perfectæ: nam imperfectæ, etsi plures, ne conjunctæ quidem ad excusationem profunt. non adfero exempla: extant in *l. 15. §. 11. d. t.*

T I T U L U S II.

Ubi pupillus educari vel morari debeat: & de alimentis ei præstandis.

Supra dixi sub Titulo, *De administratione tutorum*, tutorem, quantum ad providentiam pupillarem, domini loco haberi *l. 27. d. t.* eamque providentiam redire ad duo summa capita: vel enim ad curandas pupilli res, vel ad exhibendam ejus personam, pertinere. prius illic executus sum; posterius huic Titulo reservavi. is igitur continet integram pupilli exhibitionem: cujus duæ sunt partes. una est, ubi pupillus educari vel morari debeat. altera finit alimenta ei præstanda.

Quod attinet ad locum, ubi educari vel morari debeat pupillus: ait Ulpianus *l. 1. h. t.* Prætorem, quod fit frequentissime, aditum, ut constituat, ubi vel alantur vel morentur pupilli vel posthumi vel alii, solere ex persona, ex conditione, & ex tempore statuere, ubi potius alendus sit pupillus. Indicio vero *d. l. 1. §. 2.* videtur etiam Edicto promississe, de eo se esse decreturum causa cognita. nec dubito, quin ante omnia considerarit voluntatem patris. quam etiam Lex Duodecim Tabularum pro Lege observari jussit: de ejus pietate erga liberos suos optime sperans. & tamen ait Ulpianus, Prætorem iusta ex causa a voluntate patris aliquando recessurum. fac: (hoc ponit exemplum) quidam testamento suo cavit, ut filius apud substitutum educetur. ex spe successionis potest pupillo a tutore metui *l. 2. C. h. t.* igitur rescripsit, inquit, Imperator Severus, Prætorem, præsentibus cæteris pro-

pinquis liberorum agere oportere, ut sine maligna suspitione alatur partus. Similiter ait Ulpianus *l. 5. h. t.* evitandos in causæ cognitione esse qui pudicitiae impuberis insidiari possint. Quod si pater non designavit, ubi morari aut educari debeat pupillus; rationis esse putant Diocletianus & Maximianus *l. 1. C. d. t.* educationem nulli magis committi, quam matri: tamen sub hoc temperamento; nisi vitricum ei induxerit. At enim in *l. ult. C. de contrar. judic. tutel.* reperitur vitricus privigni sui tutor. Novi: sed confingendus casus ex *l. 2. C. de interdict. matrim. int. pupill. & tut.* in qua dicitur tutor uxorem duxisse pupilli sui matrem: quod ei licere, alibi observavimus. Cæterum est & illa hac in parte inspectio, quid juris sit, si Prætor causa cognita elegerit aliquem, apud quem jubeat pupillum educari vel morari; isque recuset? Silet hic Edictum. sed Ulpianus *d. l. 1. §. 2. & 3. D. h. t.* sic scribit: *Quamvis Prætor recusantem apud se educari non polliceatur se coacturum, attamen questionis est, an debeat etiam invitum cogere, ut puta libertum, parentem, vel quem alium de adfinibus cognatisve? & magis est, ut interdum debeat id facere. Certe non male dicetur, si legatarius vel heres educationem recuset testamento sibi injectam, denegari ei actiones debere: exemplo tutoris testamento dati. quod ita demum placuit, si idcirco sit relictum. cæterum, si esset relicturus, etiam si*

educationem recusaturum sciret, non denegabitur ei actio. Et ita D. Severus sapissime rescripsit.

Altera Tituli pars occupatur circa alimenta pupillo præstanda. Alimentorum autem appellatio (Paulo interprete *l. 12. §. 3. D. de admin. tutor.*) hic complectitur alimenta tam animi, quam corporis: id est, victum, vestimenta, tectum, item famulos necessarios, & postremo mercedes præceptorum. Apud Ulpianum *l. 2. D. h. t.* sic extat: *Ante oculos habere debet (Prætor) in decernendo & mancipia quæ pupillis deserviunt, & mercedes pupillorum, & vestem & tectum pupilli.* Nullo sensu; etsi aliquem facere conatus est Dionysius Gothofredus. constabit sensus, si pro *mercedes pupillorum* scribatur, *mercedes præceptorum.* Quod bene animadvertit Elbertus Leoninus V. CL. *lib. 3. Emendat. c. xi. n. 7. & convenit d. l. 12. §. 3. & l. 4. D. h. t.*

In hæc alimenta quo jure tutor debeat impensas facere, si quærat; ait Antoninus *l. 3. C. de admin. tut.* ei licere, suo arbitrio facere, etiam sine decreto Prætoris. easque sic fieri, aliquando pupillo utile esse, ne secreta patrimonii, & suspectum æs alienum pandatur, observat Alexander *l. 2. C. de alim. pupill. præst.* proinde quæ vir bonus arbitratur, merito esse erogata ad exhibitionem educationis, ministeria, studiaque, ea tutori accepto ferri oportere *d. l. 3.* rescribit Antoninus: & causatur, quod a tutoribus sive curatoribus bona fide erogatur, potius justitia, quam aliena auctoritate firmari. quin Alexander *d. l. 2.* negat, esse ferendum juvenem qui cum præsens esset, studiisque eruditus & alitus, si ea per alium se consecutum non probet, sumptus recuset, quasi vento vixerit, aut nullo liberi hominis studio imbui meruerit. Eodem modo & sensu Ulpianus *l. 2. D. h. t.* Congruit, inquit, officio judicis qui tutelæ, id est, de actione tutelæ, cognoscit, reputationes tutoris non improbas admittere: ut puta, si dicat, impendisse in alimenta pupilli vel disciplinas. Cum dicit *reputationes non improbas*, non oportet intelligi, quas minimas poterit: sed pro facultate patrimonii, pro dignitate natalium *l. 12. §. 3. D. de admin. tutor.* &, ut dictum modo, quæ vir bonus arbitratur, merito esse erogata.

Fuerit tamen tutori tutius, ne ejus reputationibus aliquando moveatur controversia, curare, uti modus impensarum terminetur decreto Prætoris *d. l. 2. C. de alim. pupill. præst.* is enim servari debet. nisi statuit ultra vires facultatum: nec suggestit Prætori tutor de statu facultatum. tum enim non debet ratio alimentorum haberi: quia si suggestisset, aut minuerentur jam decreta, aut non tanta decernerentur *d. l. 2. §. 2.* Modum igitur patrimonii spectare debet Prætor; nec minus ætatem pupilli, aut pupillæ, aut adulescentis, vel earum quæ intra vigesimum annum constitutæ sunt: tam puellis, quam pueris artibus li-

beralibus institui solitis *l. 15. C. de negot. gest.* usque ad annum vigesimum: ut intelligitur ex *l. 3. §. 5. D. h. t.* Exempla eruditæ virginum, mulierumque, non appono. attulit complura & pulchra V. CL. Radulphus Fornerius *lib. 5. Rer. quotid. c. 21.* Illud hic sileri non sinit ratio, (est enim summæ prudentiæ, tueri volentis rem familiarem) quod monet Ulpianus *d. l. 3. §. 1.* Prætor non tantum modum patrimonii spectare debere, cum alimenta decernit, sed in primis debere statuere tam moderate, ut non universum redditum patrimonii in alimenta decernat, sed semper sit, ut aliquid ex redditu supersit. Apud Aristotelem *lib. 2. Oeconomic.* reperio hoc quod sequitur: *Extra quoque ista, quidam omnium administrationis domesticæ generum commune, & in illis præcipue, atque hoc in primis considerandum est: Ne impendia sint majora, quam fructus.* Sed melius Ulpianus: volens, quotannis aliquid superesse, quod sit præsidium adversus damna fatalia, incendium, inundationem, vim hostium, mortes servorum aut animalium, & similia alia. his certe ingruentibus, si non sit ante bonis temporibus aliquid sepositum; aut fœnori sumenda pecunia est, aut prædia vendenda sunt: quod non est boni & prudentis parrisfamilias. Optime Proculus apud Censum *l. 79. §. 1. D. de legat. lib. 3.* audisse se, rusticos senes ita dicentes, pecuniam sine peculio fragilem esse: peculium appellant quod præsidii causa seponeretur. Dixi quid in modicis patrimoniis observare debeat Prætor, alimenta pupillo terminaturus. at in amplis ait Ulpianus *d. l. 3. §. 3.* non cumulum patrimonii modum alimentis daturum, sed quod exhibitioni frugaliter sufficit.

Hæc, si constet, quis modus facultatum sit. qui si non constet: Prætor (ex sententia Ulpiani *d. l. 3. §. 4.*) inter tutorem & eum qui alimenta desiderat, suscipere debet cognitionem, nec temere alimenta decernere, ne in alterutra partem delinquat. prius tamen exigere debet, ut profiteatur tutor, quæ sit penes se summa: & comminari graviores ei infligi usuras ejus quod supra professionem apud eum fuerit comprehensum.

Quæ dixi tum obtinent maxime, cum tutor ultro paratus est, alimenta præstare? quid si id non sit? ait Antoninus *l. 1. C. de alim. pupill. præst.* oportere pupillum adire Præsidem: qui ne in alimentorum præstatione mora fiat, partibus suis fungetur. Sic: si præsens sit tutor. sed finge, absentem esse. jam quid observari debeat, diligenter tradit Tryphoninus *l. ult. D. h. t.*

Plane, si egeni sunt pupilli, de suo eos alere tutor non compellitur: & si forte post decreta alimenta ad egestatem fuerit pupillus perductus, deminui debent quæ decreta sunt, quemadmodum solent augeri, si quid patrimonio accesserit *l. 1. §. ult. D. h. t.*

T I T U L U S III.

De tutela & rationibus distrahendis, & utili curationis causa actione.

EXPLICITIS modis quibus constituitur & finitur tutela ac cura, itemque his quæ ad utriusque administrationem & cætera pertinent: nihil restat præter actiones ad eorum executionem comparatas. Sunt autem plures, ex quibus Rubrica prodit tres. una est tutelæ, altera de rationibus distrahendis, tertia utilis curationis causa actio. Initium expositionis sumam ab actione tutelæ: quæ est directæ vel contrariæ. hanc attingit sequens Titulus: præsens illam quam vocat tutelæ, per excellentiam; quia est principalis: sicut directæ commodati, item directæ depositi, quia sunt principales actiones, simpliciter commodati & depositi appellantur: ut in loco monui. His addam,

quod tutelæ actio, ut est bonæ fidei *§. 28. Inst. de actionib.* in Titulo 51. lib. 6. Codicis dicitur arbitrium tutelæ: exemplo cæterarum actionum bonæ fidei; quæ in specie arbitraria nuncupantur: quia in his officium Judicis non includitur certis finibus; ut in actione stricti juris: sed habet liberam arbitrandi facultatem; quantum cuique ex fide bona præstari oporteat: ut olim tradidi *lib. 1. De jurisdict. & imper. c. 13.*

De actione tutelæ quam dixi esse directam & contrariam, propositum a Præatore fuisse Edictum, apparet ex *l. 1. D. de contrar. tutel.* verba tamen nusquam extant. mentem sic confingit V. CL. Gulielmus

mus Ranchinus : *Eum qui tutelam gessit, rationem eo nomine reddere cogam.* Invita plane Jurisprudencia : quæ actionem tutelæ numquam putavit esse cognitionis extraordinariæ, sed juris ordinarii. itaque Edictum sic concipi suadeam : *Quod a tutore gestum esse dicetur, de eo finita tutela, iudicium dabo.* Ratio proponendi Edicti fuit summa : erat enim æquum, tutorem finita tutela pupillo reddere rationem administratæ tutelæ §. ult. *Inst. de atil. tut.* nec tamen erat proprie ex contractu obligatus : quando nullum negotium inter tutorem & pupillum contrahitur. quin plerumque invitatus ad tutelam accedit tutor. at nec poterat ex maleficio obligatus videri. quippe honestum factum erat tutelæ administratio. igitur cum oporteret eo nomine conveniri tutorem, nec occurreret alia obligandi causa ; optime placuit, eum teneri quasi ex contractu §. 2. *Inst. de oblig. quæ quas. ex contract. nasc.*

Nec est dubium, quin actio tutelæ, pro fundamento habens obligationem, sit in personam §. 1. *Inst. de act.* ideoque ex hoc Edicto pupillo & ejus heredi competat adversus tutorem ejusque heredem l. 1. §. 16. *D. h. t.* 12. *C. Arbitr. tutel.*

Sed quando ? convenienter Edicto Paulus l. 4. *h. t.* Nisi, inquit, finita tutela sit, tutelæ agi non potest. Quid igitur si adhuc impubes tutelæ agat ? ait Paulus §. 2. *d. l.* nihil consumi. Sensus Pauli obscurus est ; sed vult, quia durat tutela impuberis, interrim frustra agi, nondum nata actione ; ideoque cum erit nata, adhuc recte agi : ut in simili observatur l. 13. §. 5. *D. de pign.* Sed & si tutori curator sit adjunctus, quamvis suspecto postulato, non cogetur tutelæ iudicium tutor suscipere : quia tutor maneret l. 9. §. 5. *D. h. t.* Est igitur generaliter traditum, pupillum cum tutore suo non posse agere tutelæ : idque hactenus verum esse Ulpianus ait d. l. 9. §. 4. si eadem tutela sit & præfatur, absurdum fore, a tutore rationem administrationis negotiorum pupilli repositi, in qua adhuc perseveraret : in qua autem desinit tutor, & iterum cœpit esse ; contra confitetur, sic ex pristina administratione tutelæ debitorem esse pupillo, quomodo si pecuniam creditam a patre ejus accepisset. Ac ne quis hoc frustra dici paret ; ait, esse ejus sententiæ effectum : quod si solus tutor esse, utique ipse secum non aget : sed vel per specialem curatorem conveniendus est ; vel pone, cum contutorem habere qui possit Judicem adversus eum accipere ex qua causa cum eo tutelæ agi potest. Quin imo addit Ulpianus, si medio tempore solvendo esse desierit tutor, imputabitur contutoribus, cur non egerint cum eo. Hoc in tutelæ actione. De cæteris sic scribit Ulpianus d. l. 9. §. ult. *Cætera actiones, præter tutelæ, adversus tutorem competunt, etsi adhuc tutelam administrant, veluti furti, damni, injuriæ, condictio.* Sed observandum, quod mox ex Paulo subjicitur l. 10. *Sed non dantur pupillo, dum tutor tutelam gerit.* Sensus Pauli, cæteras omnes actiones, præter tutelæ actionem, nasci quidem & competere, durante tutela, etsi interim non possint institui aut dari. quid ergo, si moriatur tutor, durante tutela ? an quæ institui non possunt adversus heredem, interim morientur cum injuria pupilli ? Hoc æquitas non sinat. quid ergo est ? Hanc difficultatem sic solvit Paulus : *quamvis enim morte tutoris intereant, tamen pupillus cum herede ejus actionem habet : quia sibi solvere debuit.* Pulchre : sed quo spectant hæc, *Quamvis enim morte tutoris intereant ?* an, ut furti, injuriæ, damni, id est, Legis Aquiliæ, actio, ita condictio furtiva, extinguatur morte tutoris ? Absit. atqui in præcedentibus omnes peræque attigit Ulpianus. sed Pauli verba non sunt referenda ad omnes actiones, ab Ulpiano ante allatas : sed ad plerasque. Nec id novum ; quin sæpe evenit apud Veteres, ut posteriora cum prioribus comparata, non ad omnia usque quaque respiciant. Estque id hoc in loco eo certius : quia excerpta sunt hæc Fragmenta, non dicam ex di-

Noode Operum Tomus II.

versis locis, sed ex diversis auctoribus, Ulpiano & Paulo.

Dixi, quando detur tutelæ actio. videamus, de quo detur. ait Prætor, *Quod a tutore gestum erit, de eo iudicium dabo.* In hunc sensum conceptum fuisse Edictum, ex sequentibus fiet probabilius. Datur igitur tutelæ actio de eo quod gestum erit a tutore : id vero sic accipio, quod tum fuit gestum, cum esset tutor. Enimvero si post pubertatem, aliquid sit ab eo gestum ; non est a tutore gestum, quod est finita tutela gestum : ideoque in iudicium tutelæ venire, negat Ulpianus l. 13. *h. t.* nisi sit sine quo administratio tutelæ expediri non potest. & est tale exemplum l. 5. §. 5. *D. de admin. tut.* Tutor pupillum suum puberem factum non admonuit, ut sibi curatores peteret : sacris enim Constitutionibus hoc facere jubetur qui tutelam administravit. ea re læsus est minor. quæritur, an tutelæ teneatur qui fuit tutor ; Ulpianus putat, sufficere tutelæ iudicium. & rationem hanc adfert : quasi connexum sit hoc tutelæ officio, quamvis post pubertatem admittatur. Longe aliter censeat d. l. 13. si post pubertatem pupilli is qui ejus tutor fuerat, ejus fundos vendiderit, mancipia, prædia comparaverit : jam enim neque venditionis hujus, neque emptio- nis rationem iudicio tutelæ contineri. Sed verum esse inquit, ea quæ connexa sunt, id est, sola hæc, etsi inciderint, post finitam tutelam, in tutelæ iudicium venire. Addit, & illud esse verum, si tutor cœperit negotia administrare post tutelam finitam, iudicium tutelæ devolvi in negotiorum gestorum actionem : & causatur, oportuisse eum a semetipso tutelam exigere. Hoc Ulpianus d. l. 13. & mox subjicitur ex Gajo l. 14. Si post pubertatem tempore aliquo, licet brevissimo, intermiserit administrationem tutor, deinde cœperit gerere : sine ulla dubitatione tam tutelæ, quam negotiorum gestorum iudicio cum eo agendum est. Sensus Gaji, esse tutelæ agendum de eo quod est gestum ante pubertatem : negotiorum vero gestorum de eo quod post pubertatem gestum est : si intervenierit tempus aliquod, licet brevissimum.

Igitur quod gestum, id est, administratum, curatum, servatum erit, de eo datur a Prætorē directa tutelæ actio. de aliis non datur ; si spectemus Edicti verba. quid, si mentem ? sub gesto videtur Prætor etiam non gestum esse complexus : pari loquendi forma quam ad Terentium, *Adelph.* 1. 2. 25. in his verbis, *Quod tu fecisti inopia*, observat Donatus : *Nota*, inquit, *fecisti in eo quod signat non fecisti.* Competit igitur ex Edicti verbis directa tutelæ actio de eo quod gestum est ; ex mente autem & sententia utilis de eo quod non est gestum. ita accipio Ulpianum l. 4. §. 3. *D. Rem pupil. vel adolesc. salv. for.* ac ne deessent exempla, apposui l. 5. l. 10. l. 13. *D. h. t.* l. 13. §. 1. *D. de excusat.* nec opus explicatione, suffecerit formula actionis bonæ fidei, solita concipi de eo quod alterum alteri ex fide bona præstari, æquum est. ita quod dubium, oportere tutorem pupillo hac actione reddere rationem administrationis §. ult. *Inst. de Atil. tut.* duas habiturum partes : una est, ut pupillo restituat quidquid ex administratione retinet : altera, ut ei reparet damnum, si quod ei committendo aut omittendo dederit. nam hæc bona fides postulat. Primum oportet tutorem pupillo ex fide bona restituere quidquid ex administratione retinet ; ideoque non in folle. id enim belle negat Callistratus l. 82. *D. de cond. & demonstr.* & contra Ulpianus l. 1. §. 3. *D. h. t.* officio, inquit, tutoris incumbit, conficere tabulas seu codices actus sui, & finita tutela, inventaria exhibere. quod si non faciat, aut non exhibeat, hoc nomine teneretur iudicio tutelæ. addit, de servis quoque interrogationes & quæstiones habendas, & hoc officio Judicis convenire. adeo rationem reddere non est nudi facti : sed (ut optime Callistratus d. l. 82.) est, dare rationem legendam

primum, deinde computandam : ut explorari possit, imputationes probe, an improbe referantur, accepta recte relata, an non recte sint. Hac providentia obtinetur, ut iustis probationibus liqueat veritas : nec opus sit, bonorum quantitatem conjici ex eo quod testamento suo dixerat pater, forte plus sperans de suis facultatibus ; nec ex eo quod alibi dixerit tutor, pupilli fortunam in ejus honorem ultra modum jactans : sed ex eo quod ipse in inventario publice a se facto confessus sit *l. 1. l. ult. C. Arbitr. tut.* Summa huc exit : ut restituat pupillo tutor quæ ex ejus bonis retinet. atque ita (quod observat Callistratus *d. l. 82.*) incipit quidem res a facto : pervenit autem ad pecuniam. Nec alio sensu jubent Diocletianus & Maximianus *l. 9. C. Arbitr. tut.* tutorem quondam conveniri ; ut tam reddat rationem, quam si quid reliquorum nomine debeat.

Altera pars reddendæ rationis consistit in eo : ut tutor pupillo repararet damnum quod ei dederit vel committendo vel omittendo. pone : imminuit bona quæ accepit ; aut non adquisivit quæ potuit acquirere : quia fecit quæ facere non debuit ; aut omisit quæ debuit facere : ait Ulpianus *l. 1. D. h. t. In omnibus quæ fecit tutor, cum facere non deberet, item in his quæ non fecit, rationem reddet hoc judicio : præstando dolum, culpam, & quantam in rebus suis diligentiam.* Exemplum ejus quod facere non debuit, & fecit, si quis requirat, est in *§. 1. §. 2. d. l. 1. ejus quod facere debuit, & non fecit, in l. 1. §. 1. l. 5. §. 10. D. de admin. tut.* optime igitur Alexandro cuidam sic rescribunt Diocletianus & Maximianus *l. 7. C. Arbitr. tut. Quidquid tutoris dolo, vel lata culpa, aut levi, seu curatoris, minores amiserint, vel cum possent, non adquisierint : hoc in tutela seu negotiorum gestorum utile judicium venire, non est incerti juris.* Sed apparet, tutorem, siue quid omittendo læserit pupillum, siue committendo, teneri de dolo, culpa lata, & levi. Poterat quis putare, tutorem etiam de levissima culpa teneri oportere, exemplo procuratoris & gestoris negotiorum. Sed aliter placuit Veteribus : existimantibus, interesse, quod hi ad aliena negotia volentes accedunt : ille invitatus venit necessitate muneris publici. Vice versa, possit quis existimare, sufficere, tutorem tantum teneri de dolo & culpa lata : cum nulla sit ejus ex tutela utilitas ; non magis, quam depositarii ex deposito. Nec male : nisi utilitas conservandi pupilli qui nec se, nec sua, tueri potest, suaderet, a tutore etiam levem culpam præstari. Recte igitur tenetur pupillo tutor hac actione de dolo & culpa lata ac levi. Id tamen aliquando fallere, observavi supra sub Titulo, *De admin. tutor.* nec jam agam actum.

Dixi, ad quid teneatur tutor : nondum quatenus. non autem dubito, quin in solidum teneatur : obligatus pupillo quasi ex contractu. Hac mente dixit Prætor simpliciter atque infinite, daturum se judicium de eo quod a tutore gestum erit. atque æquissime : si quidem unus tutor sit. sed quid, si plures sint ? & si omnes tutelam administraverint pro indiviso, in solidum tenentur singuli, quasi individua hac in specie tutelæ causa *l. 55. D. de admin. tutor.* quod si divisa inter eos sit tutela a testatore, aut a Magistratu, Præfide, verbi gratia ; potest quidem pro sua quisque administratione conveniri ; pro alterius autem administratione non potest : nisi per dolum aut culpam suspectum non removerit, vel tarde suspicionis rationem moverit : cum alter eorum non solvendo effectus sit, vel suspicionis causam agendo sua sponte jura pupilli prodiderit. Non ita est ; si divisa sit tutela, non a testatore ejus testamento, nec decreto Magistratus ; sed conventionione tutorum : tum enim perinde habetur, ac si non esset divisa *l. 2. C. de divid. tutel.* scilicet, ne privata conventionione pupillo noceatur, dividua facta tutela quæ regulis juris est individua. placet igitur, vel hoc casu in solidum teneri singulos.

Dixi quid velit juris rigor. porro accipe tempera-

mentum ex æquo & bono receptum ; & quidem triplex : puta exceptionem ordinis, divisionis, & cedendarum actionum. Prima exceptio est ordinis : nam si non omnes gesserunt tutelam, quia unus fuit ordinarius, alter honorarius ; benigne obtinuit, primum conveniri ordinarium ; & si contra fiat, jus esse honorario, se tueri exceptione ordinis *l. 3. §. 2. D. de admin. tut. l. 1. §. 2. C. Si tut. vel. curat. non gesser. l. 3. C. de divid. tutel.* Altera exceptio est divisionis, competens uni tutori in solidum convento, cum reliqui sunt solvendo. æquissimum enim esse creditum est, actionem inter eos dividi pro portionibus virilibus, exemplo fidejussorum *l. 1. §. 11. D. de admin. tut.* quod si non omnes solvendo sunt, sed aliqui : adhuc inter eos qui solvendo sint, dividitur actio, & poterunt illi, prout quisque solvendo est, conveniri *§. 12. d. l.* Tertia exceptio est cedendarum actionum, fere habens locum, tutore qui non est usus exceptione divisionis, in solidum condemnato, tum enim potest, si velit, ante solutionem a pupillo petere, sibi cedi actiones quas habet adversus contutores ; ac, si cesset, eum repellere exceptione cedendarum actionum *l. 2. C. de divid. tutel.* Justissime : nam ubi non interest pupilli, aliter fieri ; quid ni profit tutori, cum potest sine incommodo suo ? Hoc plus observat Ulpianus *d. l. 1. §. 13. D. de admin. tutor.* si forte quis condemnatus ex alterius tutoris facto, vel ex communi gestu, jam præstiterit, nec ei mandatæ sint actiones, constitutum esse a D. Pio, & ab Imp. Antonino Caracalla & D. Patre ejus, utilem actionem tutori adversus contutores dandam. atque hanc esse singulari jure indultam hac in specie, nec ad alios fidejussores porrigendam, præclare observavit D. Giphanius ad *l. 2. C. de divid. tutel. pag. 465.* optima ratione quæ potest ibi videri. Plane, si ex dolo communi conventus præstiterit tutor ; ait Ulpianus *§. 14.* aliter observari : nam neque mandandas esse actiones, neque utiles competere. qua ratione ? hanc dat justissimam : quia proprii delicti poenam subit ; eaque res indignum eum fecit, ut a cæteris quid consequatur doli participibus : non sinente jure, ut ulla sit societas maleficiorum, vel communicatio justa damni ex maleficio. Sit ita inter eos : sed nihil hoc ad pupillum. cur enim, cum inter eos societas delicti non sit, unius solutio aliis a pupillo liberationem parit ? fuisse hanc interrogationem Calocyri didici ex Scholiaste Græco, *Basilic. lib. 38. tit. 3. lit. E. pag. 82. & seq. tom. 5.* subjicitur autem hæc responsio : Si merum est delictum quod originem non capiat ex contractu, singuli in solidum condemnantur, ut in furto & injuria : nec enim ab initio in hanc rem coiri societas potuit. sed si præcesserit contractus, vel quasi, ut in his qui communiter tutelam administrant, vel depositum aut commodatum accipiunt, unius solutio liberat alium. nam harum personarum societas legitima est.

Altera Rubricæ pars complectitur actionem de rationibus distrahendis. cujus originem ex Lege Duodecim Tabularum petit Tryphoninus *l. 55. D. de admin. tutor.* confessus, tutores, si pecuniam pupilli interceperint, nec rationibus intulerint, ea in duplum teneri. videtur igitur hæc actio dicta de rationibus distrahendis ; quia ea agitur, ut distrahatur, id est, rescindatur, & mutetur, perperam conceptra ratio. Tenentur autem, ut Ulpianus ait, hac actione tutores qui legitimi fuerunt : non tamen soli, sed omnes qui jure tutores sunt, & gerunt tutelam *l. 1. §. 19. D. h. t.* Plenius Paulus *l. 2. Actio*, inquit, *(de) rationibus distrahendis nemo tenetur, nisi qui in tutela gerenda rem ex bonis pupilli abstulerit.* Ne hoc quidem omittendum putat Ulpianus, quod non statim datur hæc actio, sed exemplo actionis tutelæ comperit tunc, cum & tutelæ actio, hoc est, finita tutela *l. 1. §. ult. h. t.* Datur vero, ut dixi, in duplum : quasi coercens furti speciem. quamquam aliquatenus a furto distinguitur hoc tutoris factum : nisi manifestus fuerit furandi animus. quo casu etiam furti teneri tutorem, Paulus observat *d. l. 2. §. 1. h. t.* Interim distingui-

ut a furti actione actio de rationibus distrahendis, tamquam mitior a severiore l. 55. §. 1. D. de admin. tut. etenim actio furti tota poenalis est §. ult. Inst. De oblig. que ex delict. nasc. in hac vero non tota dupli poena est; sed in simplo rei persecutio continetur d. l. 2. §. ult. præterea duplatur in actione furti id quod interest l. 52. §. 28. l. 50. l. 80. §. 1. D. de furt. quod in hac nostra non est: nam in ea id quod interest non venit; sed rei tantum æstimatio l. 1. §. 20. h. t. Vix opus admoneri, hanc actionem pupillo similibusque personis dari ex eo quod vivo pupillo captum est: sed in heredem ceterosque successores non dari, quia poenalis est. dicitur tamen esse perpetuam d. l. 1. §. 23. quia venit ex Lege Duodecim Tabularum; ita non est Prætoria, sed civilis actio.

Tertia hujus Tituli pars est De actione utili curationis causa. est vero hæc auctore Paulo l. 4. §. ult. D. h. t. nūn tutela, sed negotiorum gestorum, actio: quam etiam adversus curatoris successores ponunt Diocletianus & Maximianus l. 17. C. de negot. gest. Dicitur vero hæc actio negotiorum gestorum utilis: quia directa a Prætoribus proposita fuit adversus eum qui ad alterius negotia gerenda sponte venit contemplatione amicitiae: cum minoris aut furiosi curator ad eorum negotia veniat necessitate muneris publici. Si tamen per curatorem utiliter gesta sint minoris aut furiosi negotia; quia non ostenditur alia qua agatur, actio; & interim æquum est, dari aliquam: placuit, in curatoris quoque personam recipere actionem negotiorum gestorum, non directam, sed utilem: perinde ac si sua sponte ad aliena negotia venisset: ut indicavi supra sub Titulo, De negotiis gestis. Plane hæc actio utilis, ut non sit tutela, abusive tutela dicitur l. 3. C. Arbitr. tut. ubi eam imitatur: sane sicut in actionem tutelæ venit tutoris dolus, & culpa lata ac levis: ita in utilem actionem negotiorum gestorum venire curatoris dolum, item culpam latam ac levem, intelligitur l. 7. C. d. t. cum alioquin in actionem negotiorum gestorum etiam veniat culpa levissima: ut suo loco demonstratum. De cætero est quoque, ubi

distant utraque actio. id observat Paulus l. 4. §. 3. D. h. t. verbis sequentibus: Cum furiosi curatore non tutela, sed negotiorum gestorum actio est: qua competit etiam dum negotia gerit: quia non idem in hac actione quod in tutela actione, dum impubes est is cujus tutela geritur, constitutum est. Hic Pauli locus aliter accipiendus, quam prima facie videtur. possit enim quis existimare, Paulum propter indefinitam loquendi formam voluisse, hoc interesse inter actionem tutelæ & utilem curationis causa negotiorum gestorum actionem: quod hæc potest semper institui tam durante, quam finita tutela: illa finita demum tutela potest, durante numquam. Sed talis interpretatio a vero aliena est: monstrante l. 14. C. de admin. tut. in qua Clementi cuidam ita rescribitur: Rationes cura administrata ante impletum quintum & vicesimum annum, durante officio, posci jure non posse, manifestum est. Igitur putemus, Paulum velle d. l. 4. §. 3. h. t. tutorem durante tutela a pupillo neque generali tutelæ actione ad reddendas rationes, neque speciali furti, injuriæ, ex Lege Aquilia, aut simili conveniri: sed curatorem ab adulto, quamvis manente administratione, posse conveniri speciali actione furti, vel injuriæ vel damni injuria dati ex Lege Aquilia, vel alia simili: sed utili curationis causa actione, quæ est generalis, & pro rationum redditione competit, eum perseverante administratione conveniri nullo modo posse. Res clara & certa ex l. 5. §. 6. D. de admin. tutel. clarior tamen & certior erit, exposita hac loquendi forma indefinita, Quæ competit etiam, dum negotia gerit. est vero sic accipienda, quasi dicat Paulus, Quæ competere etiam potest, dum negotia gerit: vel quæ aliquando etiam competit, dum negotia gerit. Hunc usum atque hanc vim indefinitæ hujusmodi locutionis alibi jam observavi sub Titulo, De his qui not. infam. ex l. 13. §. ult. & lib. sing. De form. emend. dol. mal. c. 12. ex l. 41. D. de pig. act. præeunte Apulejo lib. 3. De philosophia p. 404. Ac secundum hæc explicanda quoque l. 1. §. 3. D. de contrar. tut. act. & l. 26. D. de admin. tut.

TITULUS IV.

De contraria tutela & utili actione.

Præter actionem de rationibus distrahendis exposita superiore Titulo est directa tutelæ actio. hoc sequitur contraria, sic appellata, quia contra, id est, vicissim datur: ut alibi monui. De ea Ranchinus tale composuit Edicti caput: Si quid ex administratione bonorum pupilli debeatur, eo nomine in eum contrariam actionem dabo. Sed errat. numquam Prætor contrariam actionem proposuit speciali Edicti capite. id potest ex Edictis de negotiis gestis, de commodato, aliisque suis locis expositis intelligi. Meo judicio, perfecta contraria tutelæ actio ex interpretatione Edicti superiore Titulo allati. Eo cum Prætor diceret, judicium eo nomine dabo, agere creditus est; ut tam tutori, quam pupillo, præstetur, quidquid ex tutela gesta aut neglecta hinc inde præstari oportet ex fide bona. Eo sensu accipio quæ ab Ulpiano l. 1. h. t. dicta pro utilitate receptæ contrariæ actionis. Itaque est: sicut actio pupillo adversus tutorem datur quasi ex contractu: eo modo contraria datur tutori adversus pupillum: nec minus heredi & adversus heredem, ceterosque successores. Adde, quod ut illa, sic hæc, perpetua dicitur l. 3. §. ult. h. t. Præterea sicut illa, sic ista, competit demum finito officio: cæterum quamdiu durat, nondum competit l. 1. §. 3. d. t. Quid igitur si remotus a tutela sit tutor? Julianus l. 4. d. t. sic scribit: A tutela remotus eo loco haberi debet, quo esset finita tutela, & sicut actiones patitur, perinde ac si pupillus pubes factus esset: ita contrario judicio, si quid ei aberit, persequi debet. nihil enim prohibet suspectum tutorem esse, quamvis complura impenderit quæ eum amittere non oportet.

Causa igitur contrariæ actionis est; ut tutor finita tutela, a pupillo recipiat quod ei propter tutelam abest. fac: impensas fecit in rem pupilli l. 1. h. t. quid si agat ad hoc, ut tutelæ judicio liberetur? cessat hæc actio: quia ei nihil abest l. 3. §. 1. d. t. & solum petit hac actione tutor, si quid ei abest. imo si tutor pro pupillo se obligavit; habet contrariam actionem, & antequam solvit l. ult. d. t. modo (ut observat Cujacius lib. 26. Observ. c. 20.) non simpliciter fidejussione se obligavit pro pupillo, sed pro eo expromiserit facta novatione: nam quia is finita tutela statim potest conveniri tamquam reus principalis: potest etiam statim agere contraria actione, ut liberetur: exemplo curatoris reipublicæ: de quo simile traditum l. 3. §. 2. D. de admin. rer. ad civit. pertin. Sed plerumque petit hac actione tutor quod impendit. nec multum refert, utrum bonum eventum, an adversum habeat quod gestum est: sufficit enim tutori, bene & diligenter negotium gessisse d. l. 3. §. 7. quod & in contraria negotiorum gestione tradidi sub Titulo De negot. gest. Quid ergo, si in pupillum plus impendit tutor, quam est in facultatibus, an potest hoc consequi? Labeo affirmat. sed Ulpianus d. l. 3. pr. id sic accipit; si expedit pupillo, ita tutelam administrari: cæterum, si non expedit; putat, absolvi pupillum oportere: & hac utitur ratione quæ est optima: quod non in hoc administrantur tutelæ, ut mergantur pupilli. Judex igitur qui in contrario judicio cognoscit, utilitatem pupilli spectabit, & an tutor ex officio sumptus fecerit. Postremo observat Callistratus l. 33. §. ult. D. de admin. tut. quod Principalibus Constitutionibus declaratur

claratur, sumptuum qui bona fide in tutelam, non qui in ipsos tutores fiunt, ratio haberi solet: nisi ab eo qui eum dat, certum solatium ei constitutum est.

Illud non inutiliter hic quaeratur, qua forma repetat tutor id quod expendit? duplicem reperio: una est per modum exceptionis, si directo iudicio agat pupillus: altera est per modum actionis, si non agat. huius meminit Ulpianus l. 1. §. ult. utriusque §. 4. Inde sunt consequentia quae ab Ulpiano traduntur d. l. 1. §. 5. 6. & 7. sane pulchra: sed quia liquent, absti-

nebo interpretatione supervacua. Petit igitur hac actione tutor sumptus, & impensas quas pro pupillo fecit bona fide, ita quod ei abest, propter tutelam. An & usuras? & hoc convenit officio Iudicis: patiente actione bonae fidei: ut dixi *De faenore & usuris*. sed quas & quando? de hoc Ulpianus d. l. 3. §. 1. & seqq. plene & clare.

Altera Rubricae pars est, De utili actione, id est, de utili curationis causa actione. quam superiore Titulo indicavi esse utilem negotiorum gestorum actionem: de qua Ulpianus l. 1. §. 2. & 3. h. t.

TITULUS V.

De eo qui pro tutore, prove curatore negotia gessit.

Edictum quod sub hoc Titulo fuit, sic concipio: *Si quis pupilli negotia pro tutore gessit, iudicium eo nomine dabo.* Ratio proponendi huius Edicti est in

l. 1. pr. h. t. Sensus ex eodem loco & toto Titulo ultro intelligitur.

TITULUS VI.

Quod falso tutore auctore gestum esse dicatur.

Hunc Titulum a Triboniano esse translatum in alium locum, quam quo eum esse voluit Praetor, non est, quod dubites. ad hunc certe non pertinet: nam in praesente quaerimus actiones quibus ex gesta aut omissa tutela pupillo, aut tutori consulatur. alius ille neque pupillo, neque tutori providet: sed majori annis viginti quinque qui cum pupillo aliquid gessit auctore eo, qui non erat tutor. quo in casu securus est pupillus, quippe sine vero tutore non obligatus. sed per errorem laesus est qui cum pupillo gessit aliquid; ignorans, falsum esse tutorem quo auctore gestum est negotium. quemadmodum autem illi subveniendum sit, propositum a Praetore fuit Edictum sub Titulo, *De in integrum restitutionibus*. ac si consideremus Inscriptiones Legum huius Tituli quae sunt ex Ulpiani & Pauli lib. 12. Ad Edictum; tum verba Edicti in l. 1. §. 1. & §. ult. apparet, illo tractari unam ex sex causis in integrum restitutionis, in Edicto perpetuo a Praetore propositis sub Titulo, *De in integrum restitutionibus*. Sed haec jam demonstravi supra Titulo 1. libri IV. Nunc quod placuit Imperatori, etsi exita propositam materiam, ipsum Edictum attingam. Ejus capita sunt duo. prius ex d. l. 1. §. 1. & ult. hoc modo restituendum: *Quod eo auctore qui tutor non fuerit, cum pupillo gestum erit, si id actor ignoravit, dabo in integrum restitutionem.* Huius Edicti aequitas Ulpiano l. 1. h. t. non videtur ambigua. est vero haec: ne contrahentes decipiantur, dum falsus tutor adhibetur: id est, dum adhibetur is qui non fuerit tutor. Sic enim ait Praetor. *Quod eo auctore qui tutor non fuerit, gestum erit.* Verbis autem Edicti multa deesse, observat Ulpianus d. l. 1. §. 1. & seqq. nec abs re erit, exempla repraesentare. primum est tale in §. 2. Edictum loquitur de eo qui fuit auctor factus, cum non esset tutor: sed non loquitur de eo qui fuit quidem tutor, verum auctoritatem accommodare non potuit, puta furiosus vel ad aliam regionem datus: ita perinde est, ac si non esset tutor. deest igitur hoc Edicti verbis. Alius defectus observatur in §. 3. ecce: duo tutores contrahenti pupillo sunt auctores. alter est verus, alter falsus. valet contractus, etsi celebratus falso tutore auctore; quia sufficit, unum verum esse, licet alter falsus sit. nec hic casus continetur Edicti verbis. Rursus pone §. 4. plures intervenire qui non erant tutores: non fuit locutus in plurali numero Praetor. in singulari dixit, Quod eo tutore auctore, qui tutor non fuerit, gestum erit. deest igitur vel hoc Edicti verbis. Postremo in §. 5. ait Ulpianus, si pro tutore negotia gerens, auctoritatem accommodaverit; nihilominus hoc Edictum locum habere: quantumvis non attingat casum, ubi

quis pro tutore auctor pupillo est factus. Excipit Ulpianus: Nisi forte Praetor decrevit, ratum se habiturum id quod his auctoribus gestum est: tunc enim valebit per Praetoris tuitionem, non ipso jure.

Deinde ait Praetor, *Si id actor ignoravit, dabo in integrum restitutionem.* Ulpianus l. 1. §. ult. h. t. Scienti, inquit, non subvenit, id est, in integrum restitutionem non dat Praetor illi qui sciens, falsum tutorem esse a quo interponitur auctoritas, nihilominus cum pupillo contraxit, aliudve gessit. Et addit Ulpianus, merito: causatus, quod non est deceptus, sed ipse se decepit. Promittit igitur Praetor in integrum restitutionem; si id actor ignoravit. Plus ait Paulus l. 2. Labeonem scribere, & si dictum sit ei, & bona fide non crediderit. Quid, si is sit, qui auxilio non indiget? plane negat Ulpianus l. 3. ei nocere scientiam. cedo exemplum, ut puta, si pupillus cum pupillo egit. qua ratione? hanc subicit, Nam cum nihil actum sit, scientia non nocet. Quid si sit minor viginti quinque annis? certum est, hunc teneri jure civili: sed lapsus lubrico aetatis in integrum restitui. succurreret igitur ei, etsi scierit, auctore Paulo l. 4. at non ex hoc Edicto: sed ex generali Edicto de minoribus. Non subsistit ad haec Ulpianus l. 5. Verum interdum inquit, & si scientia noceat, id est, etsi alias soleat nocere scientia; tamen restitutio facienda erit. & ponit exemplum, si a Praetore compulsus est ad iudicium accipiendum. quod habet rationem; & est similis excusatio l. 6. §. 3. *D. de his qui not. infam.* Si igitur quis cum pupillo aliquid gessit, auctore eo quem ignorabat esse falsum tutorem, parata laeso propter ignorantiam est in integrum restitutio: si vero scivit, falsum tutorem esse, nocet ei scientia. Nec tamen hoc semper est sine difficultate: cum possit aliquando quaeri, cujus scientia computanda sit: utrum pupilli, an tutoris. finge, ut res exemplo intelligatur; pupillus auctore tutore suo quid gessit cum alio pupillo, interveniente auctoritate falsi tutoris, qui est casus l. 3. h. t. utrius scientia computanda est, pupilli, an tutoris? eam quaestionem tractat Paulus l. 6. h. t. sed obscure, ut solet, brevitate sermonis. Principio sic loquitur: *Pupilli scientia computanda non est.* nempe, ne ex hoc Edicto accipiat in integrum restitutionem. cujus igitur? sic ait: *Scientia tutoris ejus computanda est.* Sensus Pauli: Si tutor scivit, falsum tutorem esse eum cujus intervenit auctoritas, potest pupillus agere adversus tutorem suum. hoc ei suffecerit: maxime, si ei sit cautum satisfactione rem salvam fore: nam tum potest securus videri. In hunc modum opinor Paulum esse initio accipiendum: sed hanc sententiam deinde corrigi verbis sequentibus: *Utrique*

Unique (&) si pupillo cautum sit , melius dicetur rem suam restitui pupillo , quam incertū cautionis eventum (eum) spectare. Sensus Pauli, Licet permittatur pupillo, cui est satisfactio cautum, agere non modo adversus tutorem, sed etiam adversus ejus fidejussores, ommissa ex hoc Edicto restitutione in integrum : tamen melius, id est, utilius, æquius, dicetur, pupillo rem suam, sive jus suum, restitui ex hoc Edicto per in integrum restitutionem ; quam eum agere adversus fidejsores ex satisfactio, tam incerto ejus eventu. addit Paulus, & Julianum, si alias circumventus sit pupillus, hoc respondisse, quamquam incognitum non sit, pupillum hoc in casu habere electionem l. 1. l. 3. l. 5. Si tutor vel curator intervenierit.

Alterum Edicti caput ita proditur l. 7. h. t. In eum qui cum tutor non esset, dolo malo auctor factus esse dicitur, judicium dabo, ut quanti ea res erit, in tantam pecuniam condemnatur. In hoc capite proponitur actio in factum, si quid sit cum pupillo gestum, auctore tutore falso : & quia non distinguitur pupillus, nihil refert, qualis sit cui falsus ille tutor auctor factus sit. Ita Ulpianus l. 11. D. h. t. Verbi Ulpiani. Falsus tutor qui in contrahendo auctor minori duodecim vel quatuordecim annis fuerit, tenebitur in factum actione, propter dolum malum : cujuscunque conditionis fuerit vel sui juris vel alieni. Non hoc subsistit sine Ulpianus. plus addit §. 2. Sed & si quis filiafamilias auctor factus sit ad contrahendum, tenetur. Idemque juris est, si ancilla quis tutore auctore credidisset. Nam omnibus istis modis propter tutorem decipitur is qui contraxit, qui aliter cum impubere contracturus non fuit, quam si tutoris auctoritas intercessisset. Hæc ego sic obiter & leviter. cum cura executus ea belle Jacobus Cujacius lib. 22. Observ. c. 20. tu vide : & juvabit vidisse. Proponitur igitur hoc capite (eo enim redeo) actio in factum, si aliquid sit cum pupillo falso tutore auctore gestum. non tamen alias, quam si pupillo sit auctor dolo malo factus. sic enim obser-

vat Ulpianus d. l. 7. §. 1. h. t. Verba Ulpiani : Non semper tutor convenitur ; nec sufficit, si sciens auctor fuit, verum ita demum si dolo malo auctor fuit. Quid, si compulsus, aut metu, ne compelleretur, auctoritatem adcommodaverit ? Interrogatio sine responsione facta, perinde accipienda, quasi subjecta esset responsio : ut alias sæpe.

Datur porro hæc actio ei qui læsus est dolo malo ejus qui auctor factus est, cum non esset tutor.

Adversus quem ? adversus eum qui auctoritatem dolo malo adcommodavit l. 11. §. 1. h. t. An etiam adversus pupillum ? possit alicui videri propter l. 10. d. t. sed non placet Jacobo Cujacio lib. 22. Observ. c. 19. eum locum more suo erudite interpretanti. Caterum hujus actionis exemplo Pomponius apud Ulpianum l. 9. d. t. scribit, dandam actionem adversus eum qui dolum malum adhibuit, ut alius auctoraretur inscius l. 9. h. t.

Superest, ad quid detur hæc in factum actio. Prætor sic ait, *Quanti ea res erit.* His autem verbis utrum pœnam designat, an veritatem ? l. 7. §. 2. Magis puto, inquit, non pœnam, sed veritatem his verbis contineri. Pomponius autem apud Ulpianum d. l. 7. §. 3. addit, etiam sumptuum in hoc judicio rationem haberi quos facturum sit actor restitutionis judicio. Est igitur hæc actio non pœnalis, sed rei persecutoria, utique ex parte actoris, §. 2. d. l. 7. enimvero ex parte rei quo minus pœnalis sit, id non obstat : & ideo heredibus quidem datur, sed adversus heredes non datur. Optime Ulpianus l. 9. §. 1. h. t. Has in factum actiones heredibus quidem competere ceterisque successoribus, in eos vero non reddi Labeo scribit : nec in ipsum post annum : quoniam & factum puniunt, & in dolum concipiuntur : & adversus eas personas qua alieno juri subjectæ sunt, noxales erunt. Notavi similia ad Titulum De eo per quem factum erit.

T I T U L U S. VII.

De fidejussoribus & nominatoribus & heredibus tutorum & curatorum.

Partes Rubricæ duæ sunt : una de fidejussoribus & nominatoribus tutorum : altera de eorum heredibus. prior pars indicat, actionem pupillo dari non modo adversus tutorem de quo dictum supra ; sed etiam adversus ejus fidejussores. fuitque horum specialiter facienda mentio : occurrente in his singulari jure, quod in aliis fidejussoribus non obtinet. nam cum cæteri fidejussores jure civili non teneantur, nisi interveniente stipulatione : in tutorum fidejussoribus nihil refert ; utrum stipulatione sint obligati, an nudo consensu. utique, si a tutoribus nominati præsentibus fuerint, & non contradixerint, & nomina sua in acta publica referri passi sint ; perinde tenentur, atque si stipulatio jure legitimo interposita fuisset. Eadem causa videtur affirmatorum : qui scilicet, cum idoneos esse tutores affirmaverint, fidejussorum vicem sustinent l. 4. §. 3. D. h. t.

Vim hujus fidejussionis quærentibus : ait Ulpianus l. 4. §. 6. D. Rem pupilli salv. fore, generaliter esse sciendum, ex quibus causis diximus tutelæ agi non posse, ex iisdem causis nec ex stipulatu rem salvam fore agi posse, dicendum esse. Et est ratio optima : quod cum fidejussore non agitur ex persona sua, sed ex persona tutoris pro quo fidejussit l. 6. h. t. Inde non male Paulus l. 5. D. h. t. quod si cum fidejussoribus tutoris ex stipulatione rem salvam fore agatur, easdem habebunt reputationes quas tutor. Ab eodem fonte scribit Ulpianus l. 3. D. h. t. constare, etiam fidejsores & heredes fidejssoris esse revocandos ad eandem usurarum rationem ad quam & tutor revocatur. Africanus l. 10. D. Rem pupil. salv. for. i-

dem de fructibus censet. De cætero respondit Paulus l. 46. §. 4. D. de admin. & peric. tutor. propter eam quæ post pubertatem, nulla necessitate cogente, sed ex voluntate sua tutor administravit, fidejsores qui salvam rem fore cavit, non teneri. Illud nec ego præteribo : quod si unus tutor plures dederit fidejsores, licet omnes solvendo sint, inter eos cessat beneficium divisionis, alioquin solitum pluribus ejusdem debitoris confidejssoribus ex Epistola D. Hadriani concedi. quamquam sicut placuit, hoc in uno in solidum observari : ita visum est, huic sic convento a pupillo cedi actiones adversus reliquos ejus confidejsores : ut quod ultra suam portionem solvit, ab illis recipiat. Profecto juste. Non tamen sine difficultate quam ita proponit, & dissolvit Papinianus l. ult. D. eod. tit. verba Papiniani : Si plures fidejsores a tutore pupillo dati sunt, non esse eum distringendum, sed in unum dandam actionem : ita ut ei qui conveniretur, actiones præstarentur. nec quisquam putaverit ab jure discessum : postquam pro ea parte placuit tutores condemnari, quam administraverunt : & ita demum in solidum, si res a cæteris non servetur, & idonea culpa detegatur, quod suspectum facere superfederit. nam æquitas arbitri atque officium viri boni videtur eam formam juris desiderasse. Caterum fidejsores civiliter in solidum obligati, cæteris quidem agentibus, ut dividatur actio, impetrare possunt : pupillo vero agente, qui non ipse contraxit, sed in tutorem incidit, & ignorat omnia, beneficium dividende actionis injuriam habere visum est ; ne ex una tutela causa plures ac varia questionibus apud diversos iudices consti-

constituerentur. Pupillo dati sunt ab uno tutore plures fidejussores. quid juris pupillo adversus eos finita tutela acturo? Papiniani sententia est, unum ex pluribus a pupillo conveniri posse in solidum, & conventum in solidum condemnari; nempe quia inter eos cessat beneficium divisionis ex Epistola D. Hadriani. Video, inquis. at qui potest: postquam placuit, tutores tantum pro hac condemnari parte, quam administrarunt: & ita demum in solidum, si res a ceteris servari nequeat: & tutoris idonei (Florentiæ legitur, *idonea*: sed sensus postulat, *idonei*: idque etiam suadent Græci *Basilic. lib. 38. tit. xi. tom. 5. p. 177. transferentes, idoneorum*) &, inquam, tutoris idonei culpa detegatur; quod suspectum facere superfederit. Sic obtinuisse, præter Papinianum in hoc loco etiam docui ipse supra sub Titulo, *De tutel. & rat. distrab.* Id vero postquam est in tutoribus receptum: quomodo potest inde recedi in fidejussoribus? qui non debent accipi in duriores causam, quam ipsi tenentur tutores. Sed observate respondet Papinianus, æquitatem arbitri atque officium viri boni, volente quodammodo necessitate, eam juris formam desiderasse: si unus proponatur tutor, ut in præsentia, ipse in solidum obligatus, & plures dedisse fidejussores. nam ut sit regulariter justum, fidejussores civiliter aliis scientibus & volentibus stipulatione obligatos, his agentibus impetrare, ut dividatur actio, cum reliqui solvendo sunt tempore litis contestatæ: tamen quod in ceteris æquum est: pupillo agente, qui non ipse contraxit volens & sciens: verum obligatione quasi ex contractu in tutorem incidit, ac per eum in fidejussores, & ignorat omnia, beneficium dividendæ actionis injuriam habere: eo magis; quia ex una tutelæ causa quæ apud unum Judicem uno tutelæ judicio expediretur in solidum: beneficio divisionis admissio in favorem conventi fidejussoris, plures quæstiones apud diversos Judices constituerentur: quando non, ut plures tutores in *l. 2. D. de quib. reb. ad eund. judic. eat. & l. 5. C. Arbitr. tutel.* ita plures fidejussores ad eundem Judicem mittuntur.

Ne igitur distringatur pupillus; est hoc juris, datis ab uno tutore pluribus fidejussoribus. Sed fac: plures esse tutores; pluresque ab his datos fidejussores, a singulis singulos: quid dicemus? jam aliud esse, quia si plures tutores, inter quos locum habeat beneficium divisionis, singuli singulos dederunt fidejussores: oportet unumquemque fidejussorem conventum, ut solet, ex persona tutoris, habere divisionis beneficium: sicut hoc ipsi haberent tutores a pupillo conventi: nempe, quia non suo conveniuntur nomine, sed, ut dixi, ex persona tutorum; nec adeo debet fidejussor in deteriores causam esse acceptus, quam tutor, reus principalis. quod jura non ferunt. Huc me ducunt sequentia verba *l. 6. h. t. Pupillus contra tutores, eorumque fidejussores, judicem accepit: judice defuncto, prius quam ad eum iretur, contra solos fidejussores alter judex datus est: officio cognoscentis conveniet, si tutores solvendo sint, & administratio non dispar, sed communis fuit, portionum virilium admittere rationem ex persona tutorum.* Species: Pupillus finita tutela a Prætoris petiit Judicem partim contra tutores, partim contra fidejussores. Sic potuit fieri ante *Novell. 4.* post eam non potest pupillus a fidejussoribus incipere, ne pro parte quidem. sed prius debet reum principalem excutere; eoque excusso demum venire adversus fidejussores. sed ante hanc *Novellam* aliter fuit, nam tum potuit creditor, prout vellet, initium facere vel a tutoribus, vel a fidejussoribus in solidum: vel adversus hos & illos pro parte: ut est videre in *l. 1. C. h. t. l. 3. §. 1. D. de duob. reis,* & sic factum in *d. l. 6.* cæterum petito constitutoque a Prætoris judicio, mortuus est, antequam adiretur, Judex: & cum de more alius esset a Prætoris substituendus, ne liti fieret impedimentum *l. pen. C. de pedan. judic.* pupillus Judicem jam non ut ante petiit partim adversus tutores, partim adversus fidejussores; sed omissis tutoribus, adversus fidejussores so-

los. id quidem post litem contestatam facta novatione non licebat aliis; nisi ex decreto Prætoris causa cognita: ut ostendi sub Titulo, *De edendo.* sed facilius pupillo permixtum fuit: sicut licet illi propter ætatem jura ignorare, ut sub Titulo *De jur. & fact. ignor. traditum.* Omissis igitur tutoribus, pupillus petiit a Prætoris Judicem adversus solos fidejussores. Quid inde? convenit officio cognoscentis, id est, dati Judicis, si tutores solvendo sunt, & administratio non dispar, sed communis fuit, in personis fidejussorum admittere rationem portionum virilium: sicut eam admitteret, si ipsi conventi essent tutores. sed jam dixi, quod fidejussores non proprio nomine conveniuntur, verum ex persona tutorum; nec debent, quamquam diversis actionibus conventi, in duriores causam obligati censeretur *l. 6. & 7. h. t.*

In posteriore Rubricæ parte, quæ est de heredibus tutorum & curatorum, duplex venit consideratio: una, quomodo heres ex facto proprio teneatur actione tutelæ. & est ratio ejus quæstionis: quod ut tutoris heres non sit tutor, debent tamen per defunctum inchoata per heredem legitimæ ætatis & masculum explicari; ac si ea gerere perseveraverit, in his potest ejus dolo admitti: nec iniquum est, eum suo nomine de dolo suo teneri: de culpa vero non alia, quam lata quæ est dolo proxima *l. 1. l. 4. pr. D. h. t.* sic enim accipio hoc Ulpiani *ibidem §. 1. Negligentia plane propria heredi non imputabitur:* nam sensus indefinitæ locutionis est, negligentiam plane propriam heredi non omnem imputari: eumque etiam observavi Titulo sequente in *l. 4.* Habet autem, quod in præsentia ait Ulpianus, rationem: propterea, quod dolum, ut est delictum a sciente commissum, a pœna vacuum esse non oportet. cæterum culpa sive negligentia est error: qui veniam hic eo justius invenit; quod heres plerumque putat quæ agit, esse sua; in quibus illi negligentem esse licet *§. 5. l. 24. D. Solutio matrimonio.*

Altera quæstio est: quomodo heres de tutoris facto teneatur? præbet quæstioni causam, quod Ulpianus *l. 1. §. 16. D. de tut. & rat. distr.* ait, constare, actionem tutelæ etiam dari adversus heredem tutoris. tutor autem hac actione tenetur de dolo, ac culpa lata & levi, videtur igitur ejus heres quoque ea de dolo, culpa lata & levi teneri: maxime cum ea actio sit rei persecutoria quasi ex contractu, in quo heres defunctum repræsentat certo jure. Sed si id placet: quid opus fuit proprio Titulo, De heredibus tutorum & curatorum. Melius igitur videatur, & in hac parte dici pro causa novi Tituli: quod aliud in tutore, aliud in ejus herede, observatur. atque ita est: tutor ipse tam de levi, quam de lata, culpa tenetur: sed heres tantum de ejus culpa lata; non etiam de levi tenetur. nimirum, ut ipse tutor æque de levi ac de lata culpa teneatur: unus & providus suasit pupilli favor: qui si non intercederet, ne tutor quidem deberet ex sua administratione, ad solius pupilli utilitatem respiciente, aliter quam de dolo & lata culpa obligari: hoc magis, quod ad eam venit invitatus & coactus necessitate muneris publici. At e diverso fuit æquitatis; ne heres tutoris de ejus levi culpa teneatur. primum quia pleraque ignorat. deinde est ad heredem ex defuncti administratione nihil lucri perventurum. Atque heres in aliis contractibus ex defuncti levi culpa tenetur. Nempe, quia plerique habent propositum lucri: certe omnes sunt voluntarii. sola invito defertur tutela & cura. etiam hæc, ut dixi, constat administratione, nullam habente utilitatis contemplationem. Est igitur alia tutoris, alia heredis ratio. ille tenetur de dolo, culpa lata & levi. hic tantum de illius dolo, & culpa lata *l. 4. D. de magistratibus conveniendis.* Hac ratione posset & de dolo ac lata culpa dubitari. Sed apud Paulum *l. 49. D. de obligationibus & actionibus* est certa juris regula, *Ex contractibus venientes actiones in heredes dantur, licet delictum quoque versetur: veluti cum tutor in tutela gerenda dolo fecerit.* Eodem modo Pomponius *l. 12. D. eod. tit. Ex depositi,* inquit,

quit, & mandati, & commodati, & tutela, & negotiorum gestorum, ob dolum malum defuncti heres in solidum tenetur. Non auderem regulæ adicere exceptionem, infinito utriusque sermone: nisi ipse testaretur Paulus *l. ult. §. 1. D. h. t.* esse circa tutoris dolum cui lata comparatur culpa, heredis ignorantia Principum Constitutionibus subventum. Non nominat eas Paulus: sed probabile est, indigitare Constitutionem Severi & Antonini quæ *l. 1. C. de heredib. tutor.* legitur hoc modo. *Heredes tutorum ob negligentiam quæ non latæ culpæ comparari possit, condemnari non oportet, si non contra tutorem lis inchoata est, neque ex damno pupilli lucrum captatum, aut gratia præstitum sit.* Sic editur: sed Græci *lib. 38. Basilic. tit. 7. tom. 5. pag. 104.* suadent restitui, *Heredes tutorum ob negligentiam quæ latæ culpæ comparari possit, condemnari non oportet, si, & reliqua.* Sensus: Quod

tutoris heres ob negligentiam quæ possit latæ culpæ comparari, ante quidem solitus fuit condemnari ex regula juris: sed visum est Imperatoribus, cum non oportere ob talem culpam condemnari: præterquam in tribus casibus. Primus est, si lis est contra tutorem inchoata. Paulus *d. l. ult. §. 1.* sic exprimit. *Hoc tamen tunc observandum est, cum post mortem tutoris heres conveniatur, non si lite contestata tutor decesserit.* & pro ratione subjicit: Nam *litis contestatione & pœnales actiones transmittuntur ab utraque parte, & temporales perpetuantur.* Alter casus est, Si ex damno pupilli lucrum captatum sit, æque juste: quia tale lucrum heredi merito extorquetur *l. 38. D. de regulis juris.* Postremus casus est, Si gratia præstitum sit. id est, si amico suo tutor ex pupilli rebus aliquid donaverit: nam & sic quodammodo locupletior factus intelligitur *l. 54. §. 1. D. de furtis.*

T I T U L U S VIII.

De Magistratibus conveniendis.

Superioribus Titulis indicavi remedia quibus ad suum perveniant minores a tutoribus aut curatoribus læsi. quæ si non sufficiant, eis hoc Titulo subvenitur actione subsidiaria: sic vocata, quia minoribus ultimum adfert præsidium *§. 2. Inst. de satisfd. tut.* est alioquin eadem quæ competit in tutorem *l. ul. D. h. t.* id est, tutelæ: sed utilis *l. 1. pr. D. l. 1. l. 5. C. h. t.* tenet enim Magistratum municipalem: non quod tutelam attingit, aut neglexit; sed quod a tutoribus quos dedit, non petiit idoneos fidejussores, rem pupilli salvam fore; ideoque actione tutelæ directæ quæ de ea re non loquitur, conveniri non potest. cum tamen æquum esset, pupillo etiam hac in specie consuli aliqua actione, nec ostenderetur alia: placuit Senatui, auctore D. Trajano, exemplo directæ tutelæ actionis indulgere utilem *l. 2. D. & l. 5. C. h. t.*

Est autem ei, ut cœpi dicere, locus: si Magistratus municipalis, cum daret tutorem aut curatorem, non exegerit fidejussores, aut exegerit quidem, sed non idoneos *d. §. 2. Inst.* Quid, si ab initio tutorem dedit idoneum, & non satis exigit? negat Ulpianus sufficere *l. 1. §. 11. D. h. t.* nempe, quia non, ut debuit, exegit satis: & tutor qui nunc est idoneus, cras potest delinere talis esse; tam incertis rebus humanis. Contra finge, eum, cum tutores daret, satis exegisse, & idoneos, sed postea facultatibus lapsos esse tutores vel fidejussores. nihil est quod imputetur ei qui tutorem dedit; & functus, ut debuit, officio suo. sane non est rationis, Magistratus futuros casus & fortunam pupillo præstare *d. l. 1. §. 11.* Æque dicemus, si satis non exegit Magistratus, verum tutor eo tempore, quo tutelæ agi potest, id est, finita tutela, fuerit idoneus, & hoc sufficere *d. l. 1. §. 12.* videlicet, quia non fuit causa actionis, ubi integra fuit pupilli causa, & in nulla parte læsa. secuta vero curatorum cessatio Magistratui obesse non debet *l. 53. D. de admin. tutor.* Interim quærentibus, cui incumbat probatio, si dubitetur, utrum idoneus fuerit tutor aut fidejussor; an non? Ulpianus *d. l. 1. §. 13.* sic responderet: *Probatio non pupillo incumbit, ut doceat, fidejussores solvendo non fuisse, cum acciperentur: sed Magistratibus, ut doceant, eos solvendo fuisse.* Et recte: quando probatio non incumbit ei qui negat, sed qui dicit: ut observatum sub Titulo *De probationibus.* Introdûcta igitur subsidiaria actio a Senatu est; si Magistratus qui tutorem dedit, non exegerit idoneam satisfactionem. quomodo autem exigere eam debeat, docet Ulpianus *l. 1. §. 15. & 16. D. h. t. & l. 2. 3. 4. & Rem pupil. vel. adolesc. salv. for.*

Postquam dixi, quando competat actio subsidiaria: quæris, cui danda sit? & apparet, dari pupillo: cujus causa est a Senatu inventa *l. 2. D. h. t.* Datur

tamen & heredibus ejus *l. 1. §. 4. d. t.* quia, ut dixi, datur exemplo actionis tutelæ directæ, æque heredibus, ac pupillo competentis. De tutore videamus. fac: tutor pro contutore solvit solidum: hic inops decessit. Paulus *l. 2. D. h. t.* respondit, cum pupillo a tutore sit satis factum, neque pupillum ad Magistratus redire posse, neque tutorem: & addit porro, quod numquam tutor adversus Magistratum habet actionem: causatur vero, Senatusconsultum pupillo subvenire, id est, tantum de pupillo loqui: & esse serviendum Senatusconsulto; præsertim cum est, quod tutori imputetur, quod satis a contutore non accepit, vel suspectum non fecit, si scit, Magistratibus eum non cavisse. Quid, si tutor ab hac parte culpa vacet? Senatusconsultum spectantibus, idem foret dicendum. sed Julianus *l. 3. D. h. t.* ait, non fore iniquum, adversus Magistratus actionem ei dari. Similis quæstio est in *l. 5. D. h. t.* Proponuntur ibi duo tutores partiti inter se esse administrationem tutelæ. alter sine herede decessit. quæsitum esse dicit Julianus, in Magistratum qui non curasset, ut cave-retur, an in alterum tutorem actio pupillo dari deberet? ipse vero respondit, æquius esse, in alterum tutorum dari, quam in Magistratum: debuisset enim eum, cum sciret, pupillo cautum non esse, universa negotia curare. & in ea parte, quam alteri tutori commisisset, similem esse ei qui ad administrationem quorundam negotiorum pupilli non accessisset. nam etsi aliquam partem negotiorum pupilli administra-verit, teneri etiam ob rem quam non gessit, cum gerere deberet.

Intellecto, cui detur subsidiaria a Senatu actio: primum est scire, adversus quem detur. fuit autem Senatui consilium, eam dare adversus Magistratum: qui cum tutorem daret, non exegit satisfactionem, rem pupilli salvam fore, aut exegit aliquam, sed non idoneam. is vero Magistratus est municipalis. Prætor certe aut quis alius cui tutoris dandi jus est, id est, cui directo tutoris dandi jus est, si tutorem dedit, hac actione non tenebitur *l. 1. §. 1. D. h. t. §. ult. Inst. de satisfd. tutor.* quia tutorem suo jure dat ex inquisitione: ac, cum ejus fides cedat pro vinculo satisfactionis, idoneum dedisse videtur: datus vero satisfactione non oneratur *pr. Inst. d. t.* Contra est in Magistratu municipali: nam hic tutorem dat, non directo, sed demum a Prætoris jussu, & solet cautionem exigere *§. ult. Inst. d. t.* quia tutorem dat sine inquisitione. Datur igitur a Senatu subsidiaria actio adversus municipalem Magistratum qui tutorem dedit, aut non exacta satisfactione, aut non idonea. Inde quæsitum fuit, quid juris sit; si Magistratus municipalis non dedit tutorem, sed Præses provinciæ eum Magistratum tantum voluit de facultatibus tutorum denunciare, ut ipse daret? potuit dubitari: & com-mode

mode Ulpianus *d. l. 1. §. 2.* ait, extare D. Marci Rescriptum quo voluit, eos qui Præsidi renunciant, non perinde teneri, atque si ipsi dedissent: nisi si deceperunt Prætorem, gratia forte aut pecunia falsa renunciantes. plane addit Ulpianus, si Præses provinciæ satis eos exigere iussit; teneri eos, etiamsi Præses dederit. Similia occurrunt in *§. 3. & §. d. l. 1.* quæ non excutio, quia ex superioribus facile intelliguntur. Potius dicam, quod plus observat Ulpianus *§. 6.* Magistratibus etiam imputari, si omnino datus non sit tutor vel curator: sed ita demum, si moniti non dederint: nec ambigi, quin damnum quod impuberes vel adulescentes medio tēpore passi sunt, ad eos pertineat Magistratus, qui munere mandato non paruerunt. Similiter sciendum esse ait Ulpianus *§. 7.* si Magistratus municipales data opera tutelam distulerint in successores suos, vel si satisfactionem data opera traxerint, quoad successores accipiant, nihil eis prodesse. Postremo ait Ulpianus *§. 8.* D. Hadrianum rescripsisse, etiam in eum qui electus est ad æstimandas tutorum satisfactiones actionem dandam.

At subsidiaria actio sicut adversus Magistratum, sic adversus heredes quoque ejus datur: quamquam non eodem plane modo quo ipsi tenentur. nam nec heres tutoris, ut ipse tutor, tenetur. tutor enim de dolo, & culpa lata ac levi tenetur: at heres tutoris non tenetur negligentia nomine, id est, cujuscunque negligentia, siue non levis negligentia, nomine. similiter succedit quidem Magistratus in omne periculum quod subit tutor: sed heres ipsius dolo proximæ culpæ succedaneus est *l. 4. D. h. t.* ita quod ad heredem Magistratus attinet, ait Ulpianus *l. 6. D. h. t.* extare D. Pii Rescriptum, causa cognita debere dari actionem: & cum quæri posset, quid in causæ cognitione versetur; subjicit, Magistratum, si tanta fuit ejus negligentia, ut omnem cautionem omitteret, æquum esse, haberi eum loco fidejussoris, ut & heres ejus teneatur: si vero cavit, & tunc idonei fuerunt, & postea desierunt, sicut (&) ipse Magistratus probe recusaret hanc actionem, ita & heredem multo justius. Novissime ait, non alias in heredem dandam hanc actionem, quam si evidenter Magistratus cum minus idoneis fidejussoribus contrahunt.

Incidit hic & illa inspectio: si filiusfamilias fuit Magistratus, & caveri pupillo non curaverit, aut non idonee cautum sit culpa ejus: an & quatenus in patrem ejus actio danda sit. Primum ait Ulpianus, Julianum sequutus *l. 1. §. ult. D. h. t.* in patrem dandam de peculio actionem: siue voluntate ejus filius Decurio factus sit, siue non. Deinde hanc subjicit rationem: Nam & si voluntate patris Magistratum administravit, attamen non oportere patrem ultra quam de peculio conveniri: quasi rempublicam salvam so-

lam fore promittat qui dat voluntatem, ut et filius Decurio fiat. Sic hic Ulpianus: in eumque sententia etiam ex sententia Papiniani alibi respondit *l. 3. §. ult. D. de pecul.* Obstat tamen *l. 1. C. Quod cum eo qui in alien. potest.* Sed huic occurrit D. Cujacius *lib. 3. Observ. c. 34.*

Similis labor est, an in Ordinem Decurionum danda sit subsidiaria actio. Et Ulpianus *l. 1. D. h. t.* ita scribit: In Ordinem subsidiaria actio non dabitur, sed in Magistratus. An in fidejussores eorum dabitur? Et hoc negat Ulpianus *d. l.* præfatus, quod hi rempublicam salvam fore promittunt, non pupilli. Proinde (sic pergit) nec nominatores Magistratum ex hac causa tenebuntur, sed soli Magistratus: puto, quia de his solis locutus fuit Senatus. Quid, si Ordo receperit in se periculum? hic placet Ulpiano, æquum esse, teneri eos qui præsentibus fuerunt: quæ ratione? quia parvi refert, nominaverint vel fidejusserint, an in se periculum receperint. Ait ergo, utilem in eos actionem competere. cæterum si a Magistratibus tutor datus sit, non videri per Ordinem electum.

Reliquum est, ut tractemus, quid petat subsidiaria actio? Et cum dictum sit in antecessum, eam competere exemplo actionis tutelæ directæ, & re vera esse utilem tutelæ actionem: verius est, ad id dari, ad quod actionem tutelæ dari, supra diximus: hoc est, ad præstationem ejus quod pupillo ex tutelæ administratione debetur: huc enim exit tutelæ actio, ita quatenus attinet ad sortem. sed de usuris quid dicemus: videtur enim de his fuisse dubitatum; eo quod est constitutum, pœnarum usuras peti non posse. Sed Ulpianus *l. ult. D. h. t.* rescriptum est, inquit, a D. Severo & Antonino, & usuras peti posse: hac adjecta ratione, quoniam eadem in Magistratibus actio datur quæ competit in tutores.

Tenetur igitur Magistratus eo modo quo tenetur tutor, id est, in solidum. si quidem unus sit. sed quid si plures sint? jam omnes tenentur, utrum pro virili portione, an est optio ejus qui pupillus fuit, cum quo potissimum agat? Celsus *l. 7. D. h. t.* sic respondit, Si dolo fecerunt Magistratus, ut minus pupillo caveretur, in quem vult, actio ei danda in solidum est: sin culpa dumtaxat eorum, neque dolo malo id factum est, æquius esse existimo, pro portione in quemque eorum actionem dari, dum pupillo salva res sit.

Ostendi, quemadmodum exercenda a pupillo sit subsidiaria tutelæ actio, & quis sit ejus exitus, adhuc quæritur, an privilegium quod habet pupillus in bonis tutoris, ei quoque competat in bonis Magistratus? Sed negat Ulpianus *l. 1. §. 14. h. t.* Privilegium, inquit, in bonis Magistratus pupillus non habet, sed cum cæteris creditoribus partem habiturus est.

T I T U L U S IX.

De rebus eorum qui sub tutela vel cura sunt, sine decreto non alienandis vel supponendis.

Ratio connectendi hujus Tituli cum superioribus est: quod post varias actiones, pupillis & adultis adversus tutores & curatores aliosque concessas, hic postremo eis permittitur actio adversus emptores, res eorum perperam sine decreto alienatas possidentes. id ut intelligatur, sciendum est, placuisse D. Severo Oratione in Senatu habita, mox secuto Senatusconsulto, (unde ea Oratio & Senatusconsultum dicitur *l. 15. C. h. t.*) tutorem vel curatorem, post confectum inventarium bonorum & instrumentorum pupilli vel adolescentis, omnia auctionari eorum bona: exceptis prædiis & mancipiis rusticis vel suburbanis: quæ sine decreto Prætoris vel Præsidis ab eis alienari prohibentur *l. 22. C. de administr. tutor.* cæteris vero venditis; pecuniam inde redactam deponere ad prædiorum comparationem, vel fœnori collocare; salva ubique

voluntate parentis qui bona reliquit. Pars Orationis quæ huc facit, hoc modo refertur apud Ulpianum *l. 1. pr. §. 1. & 2. D. h. t.* Imperatoris Severi Oratione prohibiti sunt tutores & curatores prædia rustica vel suburbana distrahere. quæ Oratio in Senatu recitata est, Tertullo & Clemente Consulibus, (quorum etiam mentio apud Gruterum *Inscriptione 4. pag. 1027.*) Idibus Junii. Et sunt verba ejus hujusmodi: *Præterea, Patres Conscripti, interdiciam tutoribus & curatoribus, ne prædia rustica vel suburbana distrahant: nisi ut id fieret, parentes testamento vel codicillis caverint. Quod si forte es alienum tantum erit, ut ex rebus cæteris non possit exsolvi: tunc Prætor Urbanus Vir Clarissimus adeatur, qui pro sua religione æstimet quæ possint alienari obligarive debeant: manente pupillo actione, si postea potuerit probari, obreptum esse Prætori. Si*

communis res erit, & socius ad divisionem provocet, aut si creditor qui pignori agrum a parente pupilli acceperit, jus exequetur, nihil novandum censeo.

Ait Oratio: *Interdicam tutoribus & curatoribus.*

Ante hanc Orationem habebat tutor & curator jus vendendi omnes pupilli aut minoris res, cum mobiles, tum immobiles; & valebat facta venditio l. 8. §. 1. D. h. t. idcirco quod tutor & curator, quatenus ad providentiam pupillarem, domini loco habetur l. 27. D. de administr. tutor. Sed cum infinita illa alienandi facultas minoribus esset periculosa, recte & ordine existimavit D. Severus, id quod hac in parte non videbatur e re pupilli aut minoris esse, tutoribus & curatoribus hac Oratione esse interdicendum: & si quid contra factum sit, hoc pro nullo haberi oportere: ut post dicetur. Sed Oratio cum alienationem interdicat tutoribus & curatoribus: non distinguit tutores & curatores. proinde non refert ejus quales sint: nec absurde dicemus, alienationem tutoribus & curatoribus omnibus sine discrimine interdicere. Quid, si pater aut parens sit liberis emancipatis tutor? (is est casus l. 3. C. h. t.) vel ab eo, si velit obligare, adiri Prætorum oportet: sub hoc tamen temperamento, ut prior sit Prætor ad consentiendum patri l. 7. §. 2. D. h. t. Plane Oratio, etsi indistincte nominat tutores & curatores; visa tamen, verba spectantibus, proprie quidem minorum curatores intelligere: quasi id sit conjunctioni tutorum & curatorum consequens: sed nihilominus, quod est eadem ratio in furiosorum & prodigorum curatoribus, quæ est in curatoribus minorum: credidit Ulpianus, quod Orationi deest, ejus sententia suppleri l. 8. §. 1. & l. 11. D. h. t. Caterum qui neque tutores neque curatores sunt ipso jure, sed pro tutore negotia gerunt, vel pro curatore, eos non posse distrahere res pupillorum vel adolescentium, nulla dubitatio est d. l. 8. D. h. t.

Deinde addit Oratio, se interdicturam tutoribus & curatoribus, *Ne prædia rustica vel suburbana distrahant.* Sermo omnis est de prædiis rusticis & suburbanis. de urbanis nullus. servat igitur Oratio in his jus vetus: nec est dubium, quo minus ista adhuc post hanc Orationem vendi possint l. 11. §. 5. D. de minoribus. optima, ut tum videbatur, ratione differentiarum: ea ratio erat; quod rustica prædia habent plerumque majores ac certiores redditus, quam urbana. præterea non sunt tot casibus ac sumptibus obnoxia. Quæ porro Oratio dicat rustica, quæque urbana, prædia, definit Ulpianus l. 198. D. de verbor. signific. est enim ex ejus lib. 2. De omnibus tribunalibus: ex quo etiam l. 6. & l. 8. hujus Tituli. Putat autem Ulpianus, urbana & rustica prædia non loco distingui, sed materia: id est, utendi genere l. 166. D. eod. tit. vel qualitate: sic dicitur l. 16. C. de præa. min. fin. decret. non alien. ac pro iisdem sumuntur materia & qualitas l. 11. l. 14. D. de contrah. empt. potest igitur urbanum prædium ruri, & rusticum in urbe, reperiri: ut horti, stabuli, & meritoriorum exemplo observat Ulpianus. Scio, esse aliquibus molestum, quod apud Neratium l. 4. §. 1. D. In quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contr. stabula & cætera quæ non sunt in continentibus ædificiis, magis rustica dicuntur, quam urbana. nec foris immerito primo adspectu. Sed me liberat necessitate solvendi difficultatem; quod apparet, ipsum quidem primum a loco sumpsisse causam dubitandi: sed interim a materia & genere mox definitionem petiisse.

Vetat igitur Oratio, distrahi prædium rusticum vel suburbanum, præsertim utile & fecundum. sed finge, esse infructuosum, aut sterile, saxosum, aut pestilens. Forfan dices, cessare Orationem; & hoc exigere pupilli & minoris utilitatem. certe apud Columellam, De rustica, lib. 1. c. 3. Porcius Cato censebat, in emendo agro præcipue duo esse consideranda, salubritatem cæli & ubertatem loci: quorum si alterum deesset, ac nihilominus quis vellet incolere, mente esse captum, atque eum ad agnatos & gentiles esse deducendum. Imperator tamen Antoninus & D.

De rebus eorum qui sub tutela vel &c.

445

Pater ejus l. 13. D. h. t. contra rescripserunt: eo quod fundus talis utique pro fructuum modo pretium inventurus sit. Me præterea movet: quod si aliter censeamus, erit inventa alienationi via. quod noluit Oratio: ac nescio, an hoc indigitet Ulpianus l. 5. §. 14. D. h. t. cum ait, si æs alienum non interveniat, tutores tamen allegent, expedire hæc prædia vendere, & vel alia comparare, vel certe istis carere: magis esse, ne Prætor possit alienationem permittere. & pro ratione addit: quod Prætori non est datum liberum arbitrium distrahendi res pupillares; sed ita demum, si æs alienum imminet. Proxima delibatio est apud Ulpianum l. 5. §. ult. D. h. t. quid juris sit; si lapidicinas, vel quæ alia metalla (generale est hoc vocabulum omnium quæ e terræ visceribus eruntur: ut notum) pupillus habuit, stypteria, id est, aluminis, vel cujus alterius materia, vel si cretifodinas, (de hoc verbo Turnebus lib. 30. Advers. c. 35.) vel quid aliud huic simile, quod tamen (ut Paulus temperat l. 4. D. h. t.) privatis licet possidere. Dubitatio hæc fuit non inelegans: quod ea metalla proprie (sic censet Varro lib. 1. De rustica. c. 4.) ad agriculturam non spectant. & rursum idem Varro ait; quod bonus rusticus hæc, si possit exercere, propterea non negligit. Sed quid est? probanda omnino est interpretatio Ulpiani l. 5. D. h. t. curiose observantis, deficere Orationis verba, sed ex sententia impediri alienationem. idemque esse; si salinas habeat d. l. 5. §. 1. Non minus quaeritur, si pupillus in prædio habeat jus ἐμphyτευτικὸν vel ἐμστατευτικὸν, (de his verbis vide sis Turnebum lib. 30. Advers. c. 35.) an a tutoribus distrahi possit? Causa quaestionis est: quod emphyteusis non est prædium cujus alienatio Oratione prohibetur: magis est jus prædii, de quo nihil dicit Oratio. Interim, propter emphyteusin, habet emphyteuta in prædio jus dominii proximum; eaque gratia appellatur fundi dominus l. 12. C. de fund. patrimon. lib. 11. tit. 61. & habet utilem in rem actionem l. 1. §. 1. D. Si ager vetigialis. verius igitur diceretur, a tutore non recte distrahi prædium emphyteuticum l. 3. §. D. h. t. Idem de usufructu traditum d. l. 3. §. 5. Atqui de usufructu silet Oratio, & usufructus non est pars prædii, seu dominii, sed servitutis, ut via & iter l. 25. D. de verbor. signif. contra movet, quod habet emolumentum prædii l. 66. §. 6. D. de legat. lib. 2. l. 70. §. 2. D. de fidejussorib. præterea est jus in re, & ut continet ejus emolumentum; sic præstat dominii effectum; & in multis casibus pro parte dominii habetur l. 4. D. de usufr. d. l. 66. §. 6. & l. 76. §. 2. D. de legat. lib. 2. placet igitur Ulpiano d. l. 3. §. 5. sive usufructus solus debetur pupillo, sive cum proprietate conjunctus, ejus neque alienationem, neque remissionem, tutori competere. Patitur etiam Ulpianus §. 5. d. l. 3. simili modo dici, nec servitutem imponi posse fundo pupilli vel adolescentis, nec servitutem remitti. hoc eo securius: quia simile placuit in fundo dotali: quem Lex Julia de fundo dotali vetuit a marito alienari, invita muliere: & (quod idem observat Ulpianus l. 5. D. de fundo dotali quæ est ex lib. 2. De omnibus tribunalibus, atque adeo hujus loci) Julianus lib. 16. Digestorum scripsit, neque servitutes fundo debitas posse maritum amittere, neque ei alias imponere. Ita igitur in emphyteusi, in usufructu, & servitutibus jus est. Quid, si fundus sit pupillo oppignoratus? Ulpianus l. 5. §. 3. D. h. t. ait, Orationem hic cessare: hunc enim quasi alienum, non quasi pupillarem, vendi. Si tamen pupillus, aut ejus pater, sicut moris est, a Principe impetraverit, ut jure dominii possideant: jam esse pupillare prædium ait, & ideo non posse distrahi: vetante Oratione. idemque esse, si ex causa damni infecti jussus sit possidere.

At non tantum prædia rustica & suburbana vetantur a tutoribus & curatoribus alienari: sed (ut intelligimus ex Constantino l. 22. C. de admin. tutor.) Lex (sic vocat Severi Orationem, ut & Paulus l. 16. D. de pign. act.) idem statuit de mancipiis rusticis. nempe

nempe quod erant instrumenta, sine quibus prædia rustica non satis commode poterant exerceri. At quemadmodum prædia & mancipia rustica sola vendebantur sine decreto alienari: ita contra ait Constantinus *d. l. 22.* quod eadem Lege, sive Oratione, tutores & curatores necessitate adstringebantur alienare, & ad nummos redigere, aurum, argentum, gemmas, vestes, cæteraque mobilia pretiosa, urbana etiam mancipia, domos, balnea, horrea, atque omnia quæ intra civitatem sunt: & quod ea Lex, sive Oratio, multum minorum utilitati adversa est. itaque præcipit novo suo Edicto (est enim *d. l. 22.* ut ex Inscriptione intelligitur, *Ad Populum*) ut hæc omnia nulli tutorum curatorumve liceat vendere: nisi forte hac necessitate & lege qua rusticum prædium atque mancipium vendere, vel pignerare, vel in donationem propter nuptias in præteritum licebat: scilicet per inquisitionem Judicis, & probationem causæ, interpositionemque decreti, ut fraudi locus non sit. Dumtaxat excipit Constantinus vestes quæ detrita usu seu corruptæ, servando servari non potuerunt; & animalia supervacua. Atque ea, meo quidem iudicio, est causa, cur Titulus hic in Pandectis late sit conceptus hunc ad modum: *De rebus eorum qui sub tutela vel cura sunt.* In eadem Rubrica non minus digna observari verba sequentia, *sine decreto non alienandis vel supponendis.* non enim ait Oratio, *Ne alienent, neve supponant.* ait, *Ne distrahant.* Igitur si ad Orationis verba reflectamus, non prohibetur alienatio, aut pignatio, quam indigitat Titulus: sed distractio, id est, venditio sola. Suasit tamen utilitas inhibendi hac in parte tutores ac curatores: ut sub distractione etiam alienatio & pignatio ex sententia Orationis comprehenderetur: eo minore periculo; quia in sequentibus Orationis verbis, jubetur Prætor, pro sua religione æstimare, quæ alienari obligarive possint. sic enim apparet, esse mentem Orationis, pupillis ac minoribus omni ratione consulentis, omnem tutoribus ac curatoribus interdiceret alienationem: sive venditione, sive transactione, sive permutatione, sive donatione, sive alio modo fiat *l. 4. C. de prædiis & al. reb. min.* ut pignore. Fac tamen, (qui est casus *l. 1. §. ult. D. h. t.*) minor annis viginti quinque emit prædia: ea lege; ut, quod pretium solveret, venditori essent pignori obligata, an valet pignus? Non putat Ulpianus: & pro ratione addit; quod ubi dominium quæsitum est minori, (ante non potest constitui pignus) cæpit non posse obligari. In eadem sententia est Paulus *l. 2. D. h. t.* etsi in contrarium movet scrupulum his verbis, *Sed hic videtur illud movere, quod cum dominio pignus quæsitum est, & ab initio obligatio inhaesit.* Ita est; ut dixi: Paulus hunc movet scrupulum: sed eo non utitur pro argumento finiendæ quæstionis, satis enim intelligitur ex sequentibus ejus verbis, quid privato, quid fisco venditore, sentiat: cum sic porro scribit: *Quod si a fisco emerit, nec dubitatio est, quin ius pignoris salvum sit. Si igitur talis species in privato venditore incidere, Imperiali beneficio opus est, ut ex Rescripto pignus confirmetur.* Fuit igitur Oratio, ut ut dicat, *Ne distrahat,* sic accepta, quasi dicat, *Ne alienet.* inde quæsitum fuit; liceatne pupillo fundum legatum repudiare sine Prætoris auctoritate? erat dubitatio, an legati repudiatio possit alienatio appellari: non satis certo, utrum legatum de bonis suis dimittat; an non adquirat. Hoc visum Ulpiano in interpretatione Edicti de Pauliana actione *l. 3. §. 2. & l. 6. pr. §. 2. & 4. D. Quæ in fraud. creditor.* Sed in proposito sic scribit *l. 5. §. 8. D. h. t. Fundum legatum pupillus sine Prætoris auctoritate repudiare non potest: & causatur, esse enim & hanc alienationem, cum res sit pupilli, deque eo neminem dubitare.* Similis quæstio est: si minor, cum aliud deberet, possit creditori rusticum prædium sine decreto dare in solum? Sed negant Diocletianus & Maximianus *l. 15. C. h. t.* Senatusconsulti auctoritatem hoc permitte-

re: manifesta alienatione. Superiori affinis est hæc quæstio apud Ulpianum *l. 5. §. 4. D. h. t.* si fundus Sejo legatus, vel per fideicommissum relictus, sit a pupillo herede instituto: possintne tutores hunc restituere sine Prætoris auctoritate? Ulpianus distinguit: arbitratus, si quidem rem suam legavit testator, cessare Orationem: sin de re pupilli disposuit, Orationi locum esse; nec inconsulto Prætoris tutores posse alienare. Rursus quæsitum fuit, si stipulanti sponderit pupillus; an solvere possit sine Prætoris auctoritate? Non placet Ulpiano: hac optima ratione, quod alioquin inventa erit alienandi ratio *d. l. 5. §. 5.* Sed si pater stipulanti fundum sponderit, successeritque pupillus in stipulatum: (sic loquutos fuisse Veteres, alibi notavi) fortius dicitur, inquit Ulpianus *d. l. 5. §. 5.* posse eum reddere sine Prætoris auctoritate. idemque & si jure hereditario successerit alii qui erat obligatus. Eadem ratione, & si parens fundum vendidit, vel quis alius cui pupillus successerit, potest pupillus cætera venditionis inconsulto Prætoris perficere *d. l. 5. §. 7.* nempe, quia in his necessaria est alienatio, non pendens a voluntate tutorum: ad quam non pertingit Oratio. voluit ea occurrere nequitiiis & fraudibus tutorum ac curatorum. vetat igitur, eos sua sponte atque arbitrio facere alienationes: sed non vetat, a Magistratibus fieri alienationes necessarias juris exequendi gratia: ne ad suum veniant creditores destituti legum remediis, quod ne utile quidem foret pupillis aut minoribus: interim negotiis recte contractis difficultatem injecturum. Sed hoc suis exemplis traditum ab Ulpiano *l. 3. §. 1. 2. & 3. D. h. t.*

Hactenus ostendi: quo sensu Oratio tutoribus & curatoribus interdicit; ne distrahant prædia rustica & suburbana, aut mancipia rustica, pupillorum aut minorum. Deinceps videbo, an semper atque indistincte interdicit. Habet autem Oratio duas exceptiones. una continetur his ejus verbis: *Nisi ut id fieret, parentes testamento vel codicillis caverint.* Secundum hæc licita tutoribus & curatoribus sine decreto est alienatio prædiorum rusticorum aut suburbanorum: cum pater eam ab his in testamento aut codicillis fieri iussit. quid, si pater de his in testamento aut codicillis nil cavit; sed cum viveret, ea habuit venalia? ait Ulpianus *l. 1. §. 3. D. h. t.* abstinendum erit venditioni: (pro venditione, ut alibi sæpius) & causatur Ulpianus, quod non utique qui ipse voluerit vendere, idem etiam postea distrahenda putavit. Potest igitur tutor prædia alienare: si pupilli pater id fieri, in testamento aut codicillis permisit. Impp. Diocletianus & Maximianus *l. 3. C. Quand. decret. op. non est,* idem esse dicunt; si testator ex cuius bonis prædium rusticum vel suburbanum ad minorem pervenit, super alienando eo aliquid mandasse deprehendatur. Hæc: si firmum sit testamentum. imo Paulus respondit *l. ult. D. h. t.* etsi testamentum patris postea irritum esse apparuit, tamen tutores pupilli, sive curatores filii, nihil contra Orationem Divorum Principum fecisse videri: si secundum voluntatem defuncti testamento scriptam prædium rusticum pupillare vendiderunt. Tantum de priore Orationis exceptione.

Altera talis est. *Quod si forte æs alienum tantum erit, ut ex rebus cæteris non possit exsolvi: tunc Prætor Urbanus Vir Clarissimus adeatur, qui pro sua religione æstimet, quæ possint alienari, obligarive debeant.* Oratio permittit tutoribus & curatoribus, ex decreto Prætoris Urbani, alienare pupilli aut minoris prædia rustica aut suburbana, si urgeat æs alienum. Quid, si alia adferatur causa? finge: (quæ species tractatur *l. 5. §. 14. D. h. t.*) nullum intervenit æs alienum. tutores tamen allegant, expedire prædia, vendere, & alia comparare, vel certe istis carere. an Prætor debet alienationem concedere, ob spem majoris commodi quod prætextitur? minime. non est enim permissum Prætori, passim distrahi jubere: sed ita demum, si urgeat

urget æs alienum. Sic Ulpianus : serviens Orationis verbis ; cum solus adhibetur color majoris commodi : puto , quia spes , ut ait alibi Seneca , est incerti boni nomen : & ne fenestra aperiatur nequitiis. Non tamen potest negari , fuisse receptum ex sententia Orationis ; ut , præter æs alienum , liceret Prætori , alienationem indulgere ob dotem aut donationem propter nuptias. videlicet , ne inventum pro salute pupilli , in ejus incommodum convertatur. Sed hoc certum ; & testatur Constantinus *l. 22. C. de administr. tutor.* & ante Terentius Clemens *l. 16. §. 1. D. de jur. dot.* Atqui in *l. 12. C. h. t.* sic extat. *Ob æs alienum tantum causa cognita Præsidi decreto pradium rusticum minoris provinciale distrahi permittitur.* Sed duplex est responsio , utraque elegans & probabilis. prior Ludovici Russardi , quod de ære alieno traditum , esse rescriptum ab Imperatoribus in facto de ære alieno consultis. altera est Andreæ Alciati *lib. 4. Disputat. c. 5. d. 1.* ita ingeniose interpungentis : *Ob æs alienum , tantum causa cognita Præsidi decreto pradium rusticum minoris provinciale distrahi permittitur.* Alciato consentiunt Græci *lib. 38. Basilic. tit. 9. pag. 141. tom. 5.* sic transferentes : *Ob imminens æs alienum , vendi res pupillaris potest cum decreto.* Nugæ. palam Constantinus *l. ult. C. h. t.* (atque eodem modo in *d. l. 12.* Imperatores) *Si minores vel ex patris nomine vel ex suo debitis dumtaxat fiscalibus urgentibus , vel ex privatis contractibus reperiantur obnoxii : decreti interpositio a Constantiniano Præatore celebranda est , probatis examinatisque causis : ut patefacta rerum fide , firma venditio perseveret.* Sed non turbat me hic vox , *dumtaxat* , quam urgeat forte aliquis. est enim supervacua : certe nihil significat ex usu hujus vocis illis temporibus. probavit eum pridem suis exemplis Salmasius , *Notis ad Vopiscum , in vita Probi , c. 16. pag. mihi 667.* Quod eo lubentius moneo : ut sic quoque lucem præbeam Imp. Justiniano *l. 8. §. 5. versic. Filius autem familias C. de bonis quæ liberis :* cujus hæc sunt verba. *Filiis autem familias in his dumtaxat casibus in quibus ususfructus apud parentes constitutus est , donec parentes vivunt , nec de iisdem rebus testari permittimus.* Non postulas : ut moneam , vel hodie molestam hic esse vocem , *dumtaxat*. id vulgo notum. potius dicam , eam olim vivo adhuc Justiniano , usque adeo fraudi fuisse imprudentibus ; ut multis præberet causam eo in loco faciendi argumentum a contrario sensu : quod Imperatori numquam venerat in mentem. nec fallam : si addam , idcirco necessarium fuisse Imperatori ; ut errori a calumnia verbi , *dumtaxat* , quod ibi nihil significabat , profecto adversus Legem antiquam XII Tabularum , nova Constitutione occurreret *l. 11. C. Qui testam. fac. poss.* Forsan fui paulo longior. sed res merebatur. itaque nunc revertar ad Orationem.

Præcipit ea , si æs alienum tantum erit , ut ex rebus cæteris non possit exsolvi : tunc adiri Prætores Urbanum , Virum Clarissimum , pro sua religione æstimaturum quæ possint alienari , obligative debeant. Non igitur vult Oratio , tutores & curatores pupilli prædia prætextu æris alieni suo arbitrio alienare aut obligare : sed demum ex auctoritate Prætoris Urbani , causa diligenter cognita. Hoc in Urbe. De provinciis silet Oratio. sed rationis est , ibi adiri Proconsulem. cum enim is habeat plenissimam jurisdictionem : consequens est , partes omnium qui Romæ vel quasi Magistratus vel extra ordinem jus dicunt , ad ipsum pertinere : nec quidquam esse in provincia quod non per ipsum expediatur *l. 7. §. ult. & l. 9. D. de officio Proconsulis.* idemque de Præsidi traditum *l. 10. & 11. D. de officio Præsidis.* ita nil mirum , tam Præsidis , quam Prætoris mentionem fieri *l. 6. C. h. t. l. 2. §. 1. D. de offic. ejus cui mand. jurisd.* & alibi. Præterea si Princeps sit ab aliquo aditus : ait Imp. Aurelianus *l. 2. C. Quand. decret. opus non est.* esse requiring , an adito Principe , specialiter jus vendi-

tionis acceperit : & causatur , quod ad instar Præsidualis decreti concessio Principalis accedit.

Sed apparet : quod Oratio cognitionem de alienatione prædiorum pupillarium in Urbe deferret Prætori Urbano ; ejusque exemplo ea in provinciis competit Præsidi : simul apparet , quod oportet eam solemniter fieri : id est , Prætores aut Præsides pro tribunali sedente in Consilio : non per libellum & subscriptionem , id est , non de plano , cum Prætor est domi , aut in balneo , aut procedit in via : sed apud acta , causis probatis. sic enim causæ cognitionem fieri , & decretum interponi , ostendi *lib. 1. De jurisd. & imperio c. 10. & seq.* atque hoc ideo monendum fuit : ut liqueret , quid velint Carus , Carinus , & Numerianus , cuidam Varo ita rescribentes. *Minorum possessionis venditio per procuratorem delato ad Prætores vel Præsides provincia libello fieri non potuit : cum ea res confici recte aliter non possit , nisi apud acta causis probatis quæ venditionis necessitatem inferant , decretum solemniter interponatur. l. 6. C. h. t.* Accedunt hæc ad certum ; si ipse Consilium exercere velit Prætor aut Præsides. an & mandata jurisdictione is cui mandatur , Consilium exercere poterit ? Minime : scilicet , quia ea cognitio Prætori aut Præsidi non competit jure sui Magistratus ; sed speciali delegatione : quo casu eam mandari non posse , explorati juris est *l. 1. D. de offic. ejus cui mandat. jurisd. est.* atque huc ire Ulpianum *l. 2. pr. & §. 1. D. eod. tit.* jam conjeci *lib. 2. De jurisd. & imper. c. 10.* ubi si lubet vide : nec pigebit vidisse , quod ab aliis ante non est animadversum.

Unum restat , quid veniat in Prætoris aut Præsidis cognitionem ? Sed hoc curate & plene tractavit Ulpianus *l. 5. §. 9. 10. 11. 12. & 13. D. h. t.* diligentissime legendus. de verbis , *parendum æri alieno* , in *d. §. 9.* consulendus in transitu Turnebus *lib. 30. Adversar. c. 35.*

Porro ait Oratio , *Manente pupillo actione , si postea potuerit probari , obreptam esse Prætori.* Obreptum est , non cogitantem fallere , sive non intelligentem circumvenire. quo sensu Ulpianus *l. 29. §. 2. D. Mandati.* Et apud Juvenalem , *Sat. 9. vers. 129.* *Obrept non intellecta senectus.* Eodem sensu Florus *lib. 4. c. 10.* *Quasi hoc quoque ex arte ducis esset , obreptum.* Putemus igitur , esse obreptum Prætori , apud quem non fuit dictum quod debuit dici : aut cum falsis allegationibus circumventa est ejus religio. Ita Orationis sensum reddunt Impp. Valerianus & Galienus *l. 5. C. h. t.* & ajunt , quod tum Senatus , sequutus Severi Orationem , reservavit actionem pupillo ejusque heredi. utrum in rem , an in personam ? Et ait Ulpianus *l. 5. §. 15. D. h. t.* magis esse , ut in rem detur. optime & convenienter Orationis menti ; volentis , nullam esse alienationem ; cum jubet , pupillo manere veterem actionem : ut post dicetur.

Deinde ait Oratio , *Nihil novandum censeo ; si communis res erit , & socius ad divisionem provocet.* Ulpianus *l. 5. §. ult. & l. 6. D. h. t.* *Communia* , inquit , *prædia accipere debemus , si pro indiviso communia sint. cæterum , si pro diviso communia sint , cessante Oratione , decreto locus erit.* Sed si forte alius proprietatem fundi habeat , alius ususfructum : magis est , ut cesset hæc pars Orationis quæ de divisione loquitur : nulla enim communio est. Recte ; quia nulla est domini communio. prohibetur igitur minor , cum alio habens communia prædia , ad divisionem provocare. at ipse provocatus , non prohibetur ad divisionem venire. Atqui sic alienat. Nempe ex necessitate , & permittente Oratione. Unde consequens est , ut si uterque minor sit , neuter possit alterum provocare ad divisionem *l. 7. D. h. t. l. 17. C. eod.* Quamquam vel hoc recipit difficultatem ex *l. 20. D. de auctor. tutor.* ubi divisio paternæ hereditatis ex tutoris auctoritate sine decreto inter pupillos sustinetur. Sed is locus est Scævola : qui vixit ante Severum ; nec potuit somnare de hac ejus Oratione , post mortem suam

suam sequutura : sicut nec in *l. 47. D. de minoribus* ; quæ est ejusdem Scævola.

Sed redeo ad Orationem. ex ea, ut dixi, non possunt per divisionem alienari communia minorum prædia. illud quæritur : an obligari possint ? Sed negat Ulpianus, obliganda sine decreto. & pro ratione subjicit, quod excepit Oratio, ad hoc tantum pertinere : ut perimatur communio ; non ut augeatur difficultas communionis *l. 8. §. ult. D. h. t.* Non igitur valet divisio inter minores facta, scriptura interposita, vel sine scriptura : nisi forte ratam fecerint post legitimam ætatem *l. 1. C. Si major. fact. rat. hab.*

Postremo ait Oratio, *Aut si creditor pignori agrum a parente pupilli acceperit, jus exequetur.* Rationem exposui in superioribus, simul exempla : quibus adde sis *l. 1. & 2. C. h. t.*

Fere eram oblitus, quod promisi, tradere effectum alienationis, contra formam Orationis factæ. Est autem hic quem indicat Ulpianus *l. 3. §. 13. D. de suspect. tutorib.* Severum, inquit, & Antoninum rescripserunt, *Tutores qui res vetitas sine decreto distraxerunt, nihil egisse.* Nec minus hoc Diocletiani & Maximiani *l. 11. C. h. t. Senatusconsulti auctoritas, retento dominio donandi viam obstruxit.* Est igitur prohibitæ alienationis exitus ex mente Orationis, ut pro nulla sit. ita non habet pupillus aut minor in integrum restitutione Prætoris opus *d. l. 11. contra potest,*

tamquam dominus, res alienatas suo jure a quocumque possessore vindicare cum fructibus medii temporis ; si non bonæ fidei emptor fuerit *l. 2. C. Si quis ignor. rem minor.* etsi restituto cum usuris pretio, quo utque in rem ejus versum sit. quod si non offeratur a pupillo, placet etiam posse a petitore peti exceptione doli mali : per quam & sumptus meliorati prædii repeti jus esse *l. 16. l. 10. l. 14. C. & l. 13. D. h. t.*

Est igitur inutilis prædii rustici aut suburbani pupilli aut minoris alienatio sine decreto Prætoris facta : donec perfectæ ætatis facti eam approbaverint. fit autem hæc approbatio duobus modis : vel palam, sive manifesto consensu, vel silentio, sive lapsu temporis *l. 2. C. Si major. fact. alien. sin. decret. rat. hab.* primum palam approbata alienatio sine decreto facta, perinde accipitur, ac si ex decreto facta esset. solum enim hoc agit, nec ultra pergit, vis rati habitationis. ideoque si minor, inconsulto errore lapsus, quod ignoraret verum pretium, venditioni consensit : ait Gordianus *l. 1. C. eod. tit.* non abs re esse, si bonam fidem non amplectatur pars diversa, in ejus arbitrio poni, an velit possessionem cum fructibus restituere, ita ut scænebris pecunia cum competentibus usuris restituatur. At non tantum manifesta rati habitatione confirmatur inutilis alienatio : sed etiam silentio certi temporis : de quo in *l. ult. C. eod. tit.*

T I T U L U S X.

De curatoribus furioso & aliis extra minores dandis.

UT intelligatur series & ratio Tituli, obiter meminisse oportet, quod ante dictum, curam esse vim ac potestatem in capite libero ad tuenda bona ejus qui pubes factus, propter minorem ætatem, major, ob animi aut corporis vitium, rebus suis superesse non potest. De curatore minori ob ætatem dando, quia dictum suo loco, hunc non attingit præfens Titulus : sed agit de curatoribus aliis extra minores dandis. quales furiosi & prodigi : nam vel tales ut sub cura essent, primum moribus fuisse inductum ; eosque mores mox Lege Duodecim Tabularum fuisse confirmatos, Ulpianus ait *l. 1. h. t.* cæterum jus Duodecim Tabularum, ut sit, desuetudine oblitteratum, postea Lege Lætoria, cujus meminit Capitolinus in vita M. Antonini Philosophi *c. x.* esse renovatum, admodum probabile est. Sunt igitur furiosi & prodigi ex Lege Duodecim Tabularum in cura, & quidem agnatorum, ut ait Ulpianus in *Fragm. tit. 12.* adde, gentilium. ex Cicerone *lib. 1. Ad Herennium c. 13.* & Paulo *l. 53. D. de verb. signif.* Idem tamen Ulpianus *l. 1. h. t.* & post eum Justinianus *§. 3. Inst. de curatorib.* tradidit, tandem usu obtinuisse ; ut Romæ Præfectus Urbi & in provinciis Præsides ex inquisitione eis curatores darent plerumque agnatos ; nisi hi forte essent inhabiles. hoc voluit, opinor, Gajus *l. 13. h. t.* his verbis : *Sæpe ad alium e Lege Duodecim Tabularum curatio furiosi aut prodigi pertinet, alii Prætor administrationem dat : scilicet cum ille legitimus inhabilis ad eam rem habeatur.*

Furorem porro a quo furiosus, Cicero *lib. 3. Tuscul. quæst. c. 5.* definit mentis ad omnia cæcitatem. eoque morbo qui labore, quin mente captus sit, dubitari nequit. quamquam a furioso mente captum distinguit Justinianus *§. 4. d. t.* quomodo Ulpianus *l. 6. D. h. t.* furorem a dementia, & Gajus fatuum a furioso *l. 2. D. de his qui not. infam.* Nec male : nam omnis furiosus est mente captus ; sed non vice versa omnis mente captus est furiosus. alter externa mentis rabie agitur : alterius mens potest esse in quiete. præterea hujus morbus fere est perpetuus : illius contra est aliquando temporalis.

Sed præter furiosos sub cura sunt prodigi, furiosis non ablimiles. Optime sic D. Pius apud Ulpianum

l. 12. §. 2. D. de tut. dat. ab his. Non est novum quosdam, etsi mentis sua videbuntur ex sermonibus compotes esse, tamen sic tractare bona ad se pertinentia, ut nisi subveniatur his deducantur in egestatem : eligendus itaque erit qui eos consilio regat. nam æquum est, nos prospicere etiam eis qui quod ad bona ipsorum pertinet, furiosum faciunt exitum. Talem esse ait Ulpianus *d. l. 1. h. t.* qui neque tempus, neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando & dissipando profudit. Hunc a liberali sic distinguit Cicero apud Lactantium *lib. 6. Divin. Inst. c. 17.* nam hic respicit, opinor, ad illius *lib. 2. De officiis : Liberatus est qui cibum & bene meritis, & cum oportet, & quantum satis est largitur.* Prodigus vero qui & non meritis, & cum opus non est, & sine respectu rei familiaris effundit. In hunc sensum satis bene, & sapienter Cicero : a Lactantio stulte reprehensus. Sed, ut hoc agam, is prodigus a Gajo *lib. 1. Inst. tit. 8.* everfor dicitur : alibi etiam luxuriosus. Hoc sensu Paulus *l. 15. D. h. t.* *Et mulieri quæ luxuriose vivit, bonis interdici potest.* Cave, putes, meretricem significare. etsi sic visum Cujacio ad Paulum *lib. 3. Sentent. tit. 4. §. 6.* luxuria Paulo, est vitium immodicæ liberalitatis. & sensus Pauli, propter vitam prodigam, non maribus tantum, sed mulieribus quoque, bonis interdici. hoc pluribus probavit Gulielmus Fornerius *lib. 2. Selection. c. 5.* quem non exscribo. patere tamen ejus diligentiam, a me addi hoc Tibulli *lib. 2. Eleg. 6.*

*Ut mea luxuria Nemesis fluat, utque per urbes
Incedat donis conspicienda meis.*

Cæterum etsi scribat Ulpianus, prodigis & furiosis hodie curatorem etiam a Præatore dari *d. l. 1. h. t.* non idcirco finit, eum furiosis passim dari. contra existimat *l. 6. d. t.* observare Præatorem oportere, ne cui temere citra causæ cognitionem plenissimam det curatorem. & pro ratione addit, Quoniam plerique vel furorem vel mentiam fingunt : quo magis curatore accepto, onera civilia detrectent.

Simile est animadvertere in prodigis : nam ut quis dicatur sua consumere bona, idque liqueat : non ideo pro prodigo habetur : antequam illi hanc ob causam a Præatore bonis sit interdictum. utique Julianus *l. 8. D. Pro emptore, Si quis,* inquit, cum sci-

et, venditorem pecuniam statim consumpturum, servos ab eo emisset, plerisque respondisse, eum nihilominus bonæ fidei emptorem esse: idque verius esse. videlicet, cum venditor idemque dominus, non interdicta rei suæ deminutione, ejus sit moderator & arbiter, quomodo mala fide emit qui a domino emit, cui integrum est jus deminuendi. Excipit Julianus, *Nisi forte & is qui a luxurioso & protinus scorto daturo pecuniam servos emit, non usucapiet.* Sic Julianus: convenientur fini artis: semper (ut demonstravi lib. 3. Probabil. c. 2.) servientis verecundiæ ad juvandam communem utilitatem exenti: numquam sceleri, aut stultitiæ ei nocituræ. Hoc eo securius dico: quia eadem prudentia Ulpianus l. 12. §. 11. D. Mandati, Si, inquit, adolescens luxuriosus mandat tibi, ut pro meretrice fidejubeas: idque tu sciens mandatum, susceperis: non habebis mandati actionem, quia simile est, quasi perdituro pecuniam sciens credideris. Sed & si ulterius directo mandaverit tibi, ut meretrici pecuniam credas: non obligabitur mandati: quasi adversus bonam fidem mandatum sit. Igitur sit absque illa societate nequitiae stultitiæque: numquam quis, utcumque sua profundat bona, in jure habetur prodigus, antequam ei a Præatore, causa cognitata, bonis sit interdictum.

Ejus vero interdictionis si quis petat exemplum; extat, inter alios, apud Valerium Maximum lib. 3. c. 5. §. & Horatium lib. 2. Sermon. sat. 3. vers. 217. Formulam servavit Paulus d. lib. 3. tit. 4. §. 7. Inde is cui bonis interdictum pro prodigo l. 6. D. de verb. oblig. Et in §. 2. Inst. Quib. non est permitt. fac. testam. Prodigus cui bonorum suorum administratio interdicta est, testamentum facere non potest: sed id quod ante fecit, quam interdictio bonorum ei fiat, ratum est. Ab eadem ratione Ulpianus l. 10. D. h. r. Julianus, inquit, scribit, eos quibus per Præatorem bonis interdictum est, nihil transferre posse ad aliquem, quia in bonis non habent, cum eis deminutio sit interdicta. Sic omnia exemplaria quæ videre mihi licuit; at non plena locutione. supple & soribe: quia jus bonorum non habeant, cum eis deminutio sit interdicta, vel ita, quia jus in bonis non habeant, cum eis deminutio sit interdicta. Mendum natum ex Siglis, quia i. b. vel, quia i. in bonis. &c. altero modo indigitabatur jus bonorum: altero jus in bonis: quod fugit Librarium. Ut ut erit: firmamentum ei quod intendo, hoc Horatii d. lib. 2. Sermon. sat. 3. vers. 217.

--- Interdicto huic omne adimat jus;
Prætor, & ad sanos abeat tutela propinquos.

Simili sensu de furioso Cicero lib. 3. Tusculan. quest. c. 5. Qui, inquit, ita sit affectus, cum dominum esse rerum suarum vetant Duodecim Tabule. Non hæc est Ciceronis sententia, Duodecim Tabulis fieri, ne furiosus sit rerum suarum dominus: sed ne possit dominum exercere, sive ne habeat jus rerum suarum, cum ei deminutio sit ablata.

Recederem hic a furiosis & prodigis; nisi Ulpianus l. 1. D. h. r. vellet addi, ambos fore in curatione, quamdiu vel furiosus sanitatem, vel ille sanos mores receperit: quod si evenerit, ipso jure desinere esse in curatione. Cum ait, ipso jure: non excludit Præatoris decretum. tantum significat, a Præatore

id interponi auctoritate Legis Duodecim Tabularum. simili modo quo testamentum dicitur per querelam inofficiosi rescindi ipso jure: postquam de ea cognovit, & pronunciavit Judex l. 8. §. 16. D. de inoffic. testam. Eodem quoque modo ipso jure rescindi dicitur contractus bonæ fidei; in quo sit dolus malus; quamquam non ante, quam si de eo sit a Judice pronunciatum l. 5. C. de rescind. vendit.

At curatores non tantum furiosis & prodigis dantur extra ordinem; sed præterea cæteris omnibus qui in ea causa sint, ut rebus suis superesse non possint. l. 2. h. r. l. 12. D. de tutor. & curat. dat. ab his. quales sunt muti & surdi §. 3. & 4. Inst. de curat. etiam pupilli: hi tamen non passim, nec semper; sed si legitimus tutor non sit idoneus, puta moribus; aut testamentarius non sit idoneus ad administrationem §. 5. d. t. etsi alioquin moribus sit idoneus: ut in antecessum alibi est jam observatum. Sunt & aliæ causæ in quibus bonis constitui curator potest quæ enumerantur l. 3. l. 5. l. 8. & 9. h. r.

Quærentibus, quisnam curator dari possit: probabile est, omnes posse, qui non prohibeantur. De filio fuit quæsitum, si patri dandus sit curator. erant enim qui negarent, in quibus Celsus & alii. movebat eos, quasi indecorum sit, patrem a filio regi. atamen D. Pius Justino Celeri, item DD. Fratres, rescripserunt, filium, si sobrie vivat, patri curatorem dandum magis, quam extraneum. sic Ulpianus l. 12. §. 1. D. de tut. & cur. dat. ab his. & convenienter ei Paulus. l. 2. h. r. ait non dubitaturum hac in parte Præatorem. Ulpianus in l. 1. §. 1. d. t. sic exprimit: Extat D. Pii Rescriptum, filio potius curationem permittendam in patre furioso, si tam probus sit. Ait, si tam probus sit, pro valde probus sit. quo sensu Tam accipi apud Vellejum, Plinium, & Plautum, Not. ad Mostellar. 4. 2. 9. pag. 566. col. 1. lit. C. observat Fridericus Taubmannus, post Aufonium Popmam De usu antiq. locut. lib. 2. c. 1. Dum hoc de patre dico; nec matrem præterire debeo. de ea sic Ulpianus l. 4. d. t. Furiosa matris curatio ad filium pertinet. Qua ratione? subjicit hanc pulchram: Pietas enim parentibus, etsi inequalis est eorum potestas, æqua debetur. Locutio obscura, & rara. eam notavi & exposui lib. 2. Observ. c. 15. & Julio Paulo c. 7. adducta consimili loquendi forma ex Virgilio lib. 12. Æneid. vers. 142. & erudita observatione Servii Honorati, Veteris Grammatici ad eum locum.

Quod attinet ad effectum curationis: eum apud Ciceronem lib. 1. Ad Herennium c. 13. sic indicat Lex Duodecim Tabularum sine dubio: Si furiosus existit, agnatum gentiliūque in eo pecuniaque ejus potestas esto. Inde officium curatoris tradit Julianus l. 7. h. r. verbis sequentibus: Consilio & opera curatoris tueri debet non solum patrimonium, sed & corpus ac salus furiosi. Ait, tueri; passive: ut in deponentibus verbis sæpe contingere, est ab aliis observatum. Cæterum cum tueri etiam furiosi patrimonium debet: bene animadvertit Gajus l. ult. h. r. in eo omnem curatoris potestatem administratione finiri & ideo si donandi causa alienet, neque traditionem quidquam valere: nisi ex magna utilitate furiosi hoc cognitione Judicis faciat. Hoc & Marcellus l. 12. d. t. ad quam Emundus Merillius lib. 1. Observ. c. 19. p. 35.

F I N I S.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

I N D E X R E R U M & V E R B O R U M.

A.

A vocalæ usus valde notabilis. *Pag. 421. b. sub fin.*
 Accessionis jus. 156 a. b. 167. b.
 Actio quid? 126. a. b. mixta, neque in rem, neque in personam, sed ex utraque mutuans. 126. b. vendi potest. 318. a. *ibid. b.*
 Actionis in rem formula. 53. b. in personam formula. *ibid.* actionis editio, vide *Editio* possitne semel edita emendari aut mutari. 56. a. b.
 Actionem habere aliquando æquipollet rei rem ipsam habere. 147. a.
 Actor pupilli quis sit. 427. b.
 Actor Universalitatis quis. 76. b. & 77. a.
 Actor volens tantum est. 119. & 120. b. exceptiones. *ibid.*
 In diem *Addictio* quid. 312. diversi ejus effectus, ubi emptio sub conditione, & ubi pure est facta. *ibid.* & 313
Addicere quid. 312. a.
 Adoptio unde dicatur, quid sit. 23. a. naturam imitatur. *ibid. b.* quotuplex sit. 24. b. adoptio in specie quid est, & quomodo fiat. *ibid.* adrogatio quid sit, & quomodo peragatur. 25. a. & b. an tutor, an curator adrogare queant. *ibid. b.* quomodo pupillus adrogari queat. 26. a.
 Adfessor. 39
 Ædificia olim in tectis etiam viridaria sustinebant. 171. b.
 Ædilitium Edictum. 349. causa ejus proponendi. 350. a. primo capite est locutum de mancipiis, sequente de jumentis. *ibid. a.* at Jcti extenderunt ad res omnes alias. *ibid.* & ad permutationes. *ibid. b.* non ad locationes. *ibid.* non ad donationes. *ibid.* 351. a. non ad venditiones fiscales. 351. a. (quo non pertinet venditio a republica municipii facta. *ibid.*) non ad simularias venditiones. 351. a. Causæ ex quibus Ædiles agi volunt. *ibid. b.* Prima, vitium & morbus rei. *ibid. b.* non animi, nisi de his quid venditor promiserit. *ibid.* de animi vitiis est tamen actio ex empto contra venditorem qui sciens ea reticuit. 352. a. de vitiis animi quibusdam expresse edixerunt Ædiles, 351. b. & 352. a. sc. de erroris & fugitivi mancipii vitio. 352. a. pronuntiandum id est, si servus noxa solutus non sit. *ibid.* item si capitale fraudem admiserit. 352. b. si mortis conficiendæ sibi causa quid fecerit. *ibid. b.* Porro jubent Ædiles, qui mancipia vendunt, etiam nationem cujusque in venditione pronuntiare. *ibid.* & verant, ne veterator pro novitio veneat. 353. a. item ut pronuntietur, an talis sit servus, qui manumitti non possit. *ibid.* aut exportari debeat. *ibid.* Vitia morbiive palam, recte pronuntiandi sunt. *ibid.* quid de venditoris inscientia vitiorum, de emptoris scientia sit statuendum. *ibid.* & b. negligitur vitium morbus valde levis. *ibid. b.* non gravior, quamvis temporalis tantum sit. *ibid. b.* Secunda causa actionis Ædilitiæ, si quid a venditore dictum promissumve sit, quod non est præstitum. *ibid. sub fin.* & 354. a. Tertia causa ex qua Ædiles permittunt agi, si quid ea lege venerit, ut nisi placuerit, redhibeatur. 354. b. Quarta agendi causa est: si de vitiis morbiive & cæteris, quæ Edicto sunt comprehensa, emptori postulanti

non sit a venditore cautum. *ibid.* Tres ex hoc Edicto competunt actiones; prima redhibitoria, altera quanto minoris, tertia in factum. *ibid.* Redhibitoria unde dicta. *ibid.* cui detur. *ibid.* adversus quem. *ibid.* an adversus patrem aut dominum vendentis. *ibid.* quamdiu duret. 355. ad quid detur. *ibid. a.* & b. quid emptori vicissim præstare venditor teneatur. 355. b. cautio ab emptore præstanda. *ibid.* actio redhibitoria arbitraria est, & duplicem habet condemnationem. 356. a. emptori præter actionem redhibitoriam etiam alia competit, in factum scilicet, ad recuperandum pretium, si mancipium volenti sit redhibitum. *ibid. a.* eaque ex Edicti sententia est recepta. *ibid.* Actio quanto minoris, seu æstimatoria annalis est. *ibid. a.* omnium rerum nomine instituitur. *ibid. a.* & b. concurrunt interdum cum redhibitoria. *ibid. b.* Actio in factum. 356. b. quando detur, ad quid. *ibid.* & 357. Ædilitium Edictum de jumentorum venditione. 357. b. 358

Ædilitium Edictum de feris non alendis, qua vulgo iter sit. 184. a.
 Æstimatoria actio. 336
 de Agnoscendis & c. liberis & c. 409
 Agrimenfor vide *Mensor*.
 Armamenta quæ dicantur. 155. a.
 Album si quis corruerit, qua actione teneatur. 40. 41
 Alea quid. 210. Edicta de aleatoribus *ib. a.* de damno dato ei, cujus in ædibus luditur. *ibid.* ejus qui ludere compulsi poena. *ibid. b.* amissi alea, & soluti conditio. *ibid.* 211. a.
 de Alendis liberis & c. 409
 Alienatio quid. 106. b. 107. 390. b. & 391
 Amotæ res vel quæ dicantur, vide *Rev. a. mot. act.*
 Annulis signatoriis servi utebantur. 358 a.
 Ad L. Aquiliam. 184
 Arbitr. 110. quis arbitr esse queat. 110. b. recipere arbitrium quid sit. 111. a. non aliter is cogitur sententiam dicere, quam si in eum pecunia sit compromissa. *ibid. a.* & b. hoc quid sit. *ibid. b.* 112. a. Prætor arbitrum interdum excusat. *ibid.* & b. Quomodo & qua vi arbitr sententiam dicat. *ibid.* 113. a. arbitri officium, ex compromisso legem accipit. *ibid. a.* & b. arbitrium ferre debet præsentibus litigantibus. *ibid. b.* debent & arbitri omnes esse præsentibus. *ibid.* sententiæ arbitri effectus. 113. *sub fin.* & 114. quid sit non stare sententiæ arbitri. 114. a. & b. quando ei steretur. *ibid. b.* poena ejus, qui arbitrio non stat. *ibid.* & 115.
 Area quid respectu domus. 309. a.
 Argentarii qui. 55. a. & b. rationes edere coguntur. *ibid.*
 Arrha firmat venditionem. 318. b.
 Attilia lex. 419. a.

B.

Bonorum possessio litis ordinandæ causa. 128. a. cum re & sine re. *ibid.*
 Bonorum possessor utitur petitione hereditatis utili. 153. *sub fin.* & *seq.*
 In bonis esse quid dicatur. 341.

C.

Calumniator. 82. de eo Prætoris Edictum. *ibid. a.* calumniator quis dicatur. *ibid.* & 83. quis hoc Prætoris Edicto teneatur. *ibid.* etiam porrectum est ad alias iniquas vexationes præter lites. 83. a. quid pecuniam accipere notet in Edicto. *ibid.* & b. contra quem hæc actio detur. *ibid. b.* cui detur. 83. *sub fin.* & *seq. a.* ad quid. 84. a. quando quadruplum sit mere poenale. *ibid.* nec heredi, nec in heredem datur. *ibid. a.* quæ actiones cum hacce concurrant. *ibid.*
 Canis est fera bestia. 183. a.
 Capitalis fraus quæ. 352. b.
 Capitis deminutio. 98. a. quid sit. *ibid. a.* Quotuplex. *ibid. a. b.* effectus singulorum. 99. a. effectus earum circa obligationes. 99. *sub fin.*
 Caltratio aliud jus in mancipiis, aliud jus in jumentis parit. 357. b.
 Casus præstatio in restituenda re. 158. b.
 Caupo vide *Nauta*.
 Causa quid, quando præstanda. 366
 Cenotaphium non est locus religiosus. 212. b.
 Certum quid. 222. b.
 Civiliter agere quid. 119. b.
 Cœnaculum quid. 184. b.
 Cognitor quis. 67. b.
 Commercio quæ eximantur. 310. a.
 Commissoria lex in venditione. 313. concipi potest aut pure aut sub conditione. 313. b. ejus effectus. *ibid.* & 314.
 Commodatum quid. 256. a. Edictum Pacuvii emendavit Julianus. *ibid.* differentia a precario. *ibid.* 258. a. Commodatarius detentionem nudam tantum habet. 256. quid commodari queat. *ibid.* actiones inde competentes. 257. a. directa cui detur. *ibid.* adversus quem. *ibid. a.* & b. ad quid. *ibid. b.* ad quam culpam præstandam. 258. a. b. si res non præstetur, quæ æstimatoria præstanda veniat. *ibid. b.* quæ actiones cum commodati actione concurrant. *ibid.*
 Commodum rei venditæ vide in *Emptio*.
 Communi dividundo. 196. qualis sit actio illa. *ibid.* non datur de vestibulo communi duarum ædium. *ibid. b.* qui hac utantur actione. 197
 Compensatio unde dicatur. 282. *sub fin.* & 283. a. quid sit. *ibid. a.* quale debitum compensetur. 283. a. & b. compensatio fit etiam ante litem contestatam. *ibid. b.* purum debet esse debitum. 284. a. an debitum mere civile compensetur. 284. a. an mere naturale. *ibid.* an etiam debitum impar, an & ex maleficio ortum. *ibid. b.* 285. a. an & quod in rem actione peti potest. *ibid. a.* in quibus judiciis & quomodo olim & hodie ejus ratio habeatur. 285. b. & 286. a. Debitum liquidum esse debet. 286. a. compensationis effectus. 286. a. quarum rerum fiat compensatio. *ibid.* & b. inter quas personas. *ibid. b.* 287. a. b. compensationis effectus. *ibid. a.* & b. quando cesset compensatio. 288. a.
 Competens judex quis? 123. b. & *seqq.* ita dicitur non tantum Magistratus, sed & judex pedaneus. *ibid. b.* dicitur & *juus. ibid.*
 Cora-

Compromissum vide *Arbiter*.

Concubina quæ sit. 410. *b.* unam cœlibi habere licebat. *ibid.* & 411. ea infamis non est. *ibid.* singulare jus in liberta patroni concubina. *ibid.* & 411. clericis interdicitur concubinarus. 411. *a.* uni plures habere concubinas non licet. *ibid.* quasi affinitas quadam attendenda est, ne turpis evadat concubinarus. *ibid.* ætas definita. *ibid.* illas solas in concubinaru habere licet, in quas stuprum non admittitur, & quæ istæ. 411. *a, b.*

Condictiois origo & progressus. 223. *a, & b.*

Condictio sine causa. 243

Condictio causa data, causa non secuta. 237. nascitur quasi ex contractu. *ibid.* quid sit ob causam dari. *ibid.* *b.* & 238. quomodo res non sequitur. 238. *a, & b.* 239 *a, b.*

Conditiones ex causa injusta vel sine causa concurrunt cum aliis actionibus. 192. *a.*

Condictio furtiva non est ex delicto, sed ex bono & bono. 243. *a, b.* 244. *a.* ut competat furtum debet esse factum, *ibid.* contra quem competit. *ibid.* & *b.* in solidum contra heredem datur. *ibid.* an & contra eum qui ope, consilio, juvit. *ibid.* contra quem, si filius fecit. *ibid.* cui detur. 245. *a.* ad quid detur. *ibid.* & *b.* quid si fur purget suam moram. *ibid.* *b.* an necessaria hæc sit actio. 246. Condictio incerti competit ei, cujus non dominium fuit, sed possessio. *ibid.*

Condictio indebiti. 240. simili modo nascitur ac ex mutuo. *ibid.* est revera tamen quasi tantum ex contractu. *ibid.* *b.* debet aliquid esse solutum, atque hoc quid notet. *ibid.* *sub fin.* & 241. porro per errorem debet esse solutum. 241. quid si per errorem juris fuerit solutum. *ibid.* *a, & b.* quomodo indebitum accipiendum sit. *ibid.* *b.* & 242. cui detur hæc condictio. *ibid.* contra quem. *ibid.* *b.* ad quid. 243. *a.* quando cessat. *ibid.* *a.*

Condictio ex lege. 246

Condictio truciaria quæ fuerit, ignoratur, necdum enim est recte exposita. 246

Condictio ob turpem vel injustam causam. 239. & seq. distinguendum cujus sit turpitud. *ibid.* & 240. *a, & b.*

Condictio vide Locatio.

Constituere etiam dicuntur Jcti. 162. *b.*

Constituta pecunia. 252. de ea Prætoris Edictum. *ibid.* *a.* actio ex eo visa est quasi ex delicto nasci. *ibid.* qui hac actione teneantur. *ibid.* quid pecuniæ nomine hic veniat. *ibid.* quomodo pecunia debita esse debeat. *ibid.* *b.* in quantum pro alio constitutum sit utile. *ibid.* an aliud pro alio constitui possit. *ibid.* ex qua causa debitum esse debeat. *ibid.* & 253. *a.* quo jure. *ib.* constituere quid noverit. *ibid.* *a. & b.* nudo pacto sit. *ibid.* an absque diei adjunctione. 254. an constitui possit pecunia sub conditione debita. *ibid.* actio constitutoria. *ibid.* *b.* requirit moram rei. *ibid.* non tollit actionem principalem. 255. *a.* ad quid detur hæc actio. *ibid.* *a.* est rei persecutoria. *ibid.*

Consul quis, ejusque jurisdictio. 33. 34

Lis Contestata quando dicitur, ejusque effectus. 119. *a.*

Continentia causæ facit forum competentens. 125. *b.*

Contractus locus facit forum competentens. 124. *b.*

Contraria actio nunquam speciali Edicto fuit proposita. 439

Corporum genera varia. 319. *b.* 362. *a.*

Creditæ res. 220. 223. *b.*

Criminaliter agere quid. 119. *b.*

Criminis locus facit forum competentens. 125. *a, & b.*

Curatorum origo. 422. *b.* & 423. *a.* a quibus petantur. 426. *a. & b.* possintne minores sine curatoribus esse. *ibid.* 92. *a. b.* curationis causa non tutelæ sed negotiorum gestorum actio datur. 439. *a.* quamvis abusive interdum tutelæ dicatur. *ibid.* an curator alienare queat, vide *Minorum bona.* Curatores furiosorum & prodigorum. 448. eorum origo apud Romanos. *ibid.* quamdiu munus suum respectu eorum servant. 449. *b.* quibus porro dentur curatores. *ibid.* qui curatores dari possint. *ibid.* Curationis effectus. *ibid.* *b.* Vide communia porro in *Tutor.*

D.

Debere interdum non necessitatis, sed facultatis est. 148. *sub fin.*

Defensor quis. 67. *a.*

De his qui effuderint vel dejecerint. 184. quando actio illa locum habeat. 185. *a.* ad quid detur. *ibid.* cui detur. *ibid.* adversus quem. *ibid.* *a, & b.* quid si homo liber perierit. 186. *a.* quid si corpori ejus sit nocitum. *ibid.* quid si servus dejecerit. *ibid.*

Delictum est malus contractus. 223. *b.*

Depositorum. 288. Edictum de eo. *ibid.* depositum unde dicatur. 288. *b.* quid sit. *ibid.* ab eo sequestrum non separatur. 289. *a, & b.* sequestrum, quid sit, & quod duplex. *ibid.* quid sequestrari queat. *ibid.* quis possideat rem sequestratam. *ibid.* *b.* depositi directæ actio. 289. *sub fin.* & 290. *a.* cui competat. 290. *a, & b.* quid si arca clusa fuerit deposita. *ibid.* *b.* contra quem hæc detur actio. *ibid.* *b.* & 291. ad quid. 291. *a, & b.* quid in hanc actionem veniat. *ibid.* & 292. restitutum est restituenda. *ibid.* *a.* dolus præstandus est. *ibid.* & 293. quæ alia in hanc actionem veniant. *ibid.* *a.* specialia in deposito miserabili. *ibid.* depositi actio contraria. *ibid.* *a. & b.*

Dictum, quid. 353. & 354

Dies quis. 52. *b.* dies sessionum. qui. *ibid.*

Dilatio quæ 52. *a.* cui a iudice concedatur. *ibid.* quatenus in diversis causis. *ibid.* & *b.* earum effectus. *ibid.*

Divortium. 400. *a.* quid, simplex est. *ib.* modus ejus. *ibid.* *b.* & 401. a quibus mittatur. 401. injusti divortii poenæ. *ibid.* *b.*

Divisionem omnem respuunt jura. 193. *a.*

Dividere non est scindere, hoc enim est perdere. 195. *a.*

Dolum malum abesse, cautio. 91. *b.*

Dolus quomodo emendetur, vide *Restitutio.*

Dolus unius an alteri noceat, ut de eo teneatur. 430. & 431.

Domicilium quod duplex? 124. *a, & b.*

Dominium quid. 32. *a.* quod duplex. *ibid.* modi ejus acquirendi. *ibid.* *b.*

Domini potestas in servum. 18. *a, b.* 19. *a.*

Domus relatio ad arcem. 309. *a.*

Donatio quid, & quod duplex. 393. *b.* & 394

Donatio inter virum & uxorem. 391. moribus prohibita sunt. *ibid.* *a.* confirmatis postea oratione Severi & An-

tonini. *ibid.* eamque sequuto SCro. *ibid.* causa prohibitionis. *ibid.* & *b.* non habet locum inter sponso. *ibid.* an ubi matrimonium justum non est. 392. *a.* an inter concubinos. *ibid.* & *b.* Prohibitio hæc extensa est ad eos, qui in ejusdem potestate sunt. *ibid.* *b.* Prohibitio illa durat tantum constante matrimonio. *ibid.* *sub fin.* & 393. ideoque non pertinet ad donationes mortis causa. 393. aut quæ divortii causa sunt. *ibid.* *a.* aut exilii causa. *ib.* Donationes prohibentur. *ibid.* & 394. quibus alter ditior, pauperior alter sit. 394. *b.* hinc usurarum donatio est licita. *ibid.* *b.* & 395. ut & fructuum. *ib.* industrialium scilicet. *ibid.* *a.* an etiam pauperior sit, qui non acquirit. *ibid.* *b.* quæ omnia benigne, non amare sunt perpendenda. *ibid.* & 396. Donatio contra Orationem facta ipso jure est nulla. 396. *a, b.* an possessio transeat in donatarium. *ibid.* *sub fin.* & 397. *a.* Postea Oratio Antonini induxit, ut hæc donationes donatoris silentio confirmarentur, si prior vita decesserit. 397. *a, & b.* An & promissio de donando eodem modo confirmetur. *ibid.* *b.* 398. *a.* Donans prior debuit decessisse. 398. *a.* naturaliter. *ibid.* quid si civiliter. *ibid.* *a, & b.* nec donantem poenituisse debuit. *ibid.* *b.* poenitentia non facile est præsumenda. *ibid.* quid si donans res donatas pignori obligaverit. *ibid.* Confirmatio donationum pertinet ad omnes personas, quæ ob matrimonium donare verabantur. 399. *a.* Donatio, quæ ita convalescit, si 500. solidos excedat, aut actis insinuata esse debet, aut testamento confirmata. *ibid.* *b.*

Dos vel spectat ad rem, vel ad negotii gestionem. 384. *a.* utriusque sensus definitio. *ibid.* est donationis species. *ibid.* sub conditione fit, si nuptia sequantur. *ibid.* & fit viro ad sustinenda matrimonii onera. *ibid.* profectitia est vel adventitia. *ibid.* ut profectitia sit, non necesse est filiam esse in patris potestate. *ibid.* *a, & b.* sed quidem ut de patris bonis sit profecta. *ibid.* *b.* adventitia dos quæ. *ibid.* a quibus dos constituitur. 385. *a.* a volente muliere, aut alio quovis. *ibid.* a patre aut avo mulieri in sua potestate constituta. *ibid.* mater dotare non tenetur. *ibid.* filiam locupletem pater qui eam in potestate habet, dotare tenetur. *ibid.* *b.* sed hoc jus laxavit Justinianus. *ibid.* frater eam dotare non tenetur. *ibid.* *b.* at tutor & curator dotare tenentur. *ibid.* & 386. quæ res in dotem dari queant. 386. omnes in commercio, etiam alienæ. *ib.* *a.* An rebus in dotem datis aliæ substitui, & dotales effici possint. *ibid.* *b.* res dotali pecunia a marito emta uxori non adquiruntur, tantum competit ei dotis actio. *ibid.* dos vel finita est, vel infinita. *ibid.* *b.* *sub fin.* mulier omnia sua bona in dotem dare potest. *ibid.* quibus modis dos constituitur. 387. *a, b.* quo tempore. *ibid.* *b.* constituta dotis effectus. *ibid.* maritus facta traditione fit dominus dotis. 387 & 388. dotis causa quo sentu dicatur esse perpetua. 388. *a.* uxoris naturale dominium dotis. *ibid.* *a, b.* & 389.

Dos soluto matrimonio restituitur. 402. interdum & constante. *ibid.* qualis dos quo tempore restituatur, olim, hodie. *ibid.* mortua in matrimonio muliere, quo dos profectitia redeat. *ibid.* *b.* & 403. *b.* adventitia dos quo. 403. *b.* quid si divortio sit solutum matrimonium. *ibid.* & 404. contra quem com-

petat de dote actio. 404. a. ad quid de-
tur. *ibid.* quam culpam præstet vir. *ib.*
de periculo rei dotalis. *ibid.* b. de fru-
ctibus ejus. *ibid.* & 405. quatenus de-
tur de dote actio. 405. a. & b.
de Dote actio, etiam de adventitia, est
communis patri & filia. 121. b.
Dotalis fundus. 389. Lex Julia de adulte-
riis capite quodam mariti dominium
in eo certo modo adstrinxit. *ibid.* a.
ejus utilitas. *ibid.* & b. Ad sponsum
hæc lex est postea extensa. *ibid.* b. de
fundo lex egit. 389. *sub fin.* & 390.
a. pertinet etiam ad ædificia. 390. a.
non ad res mobiles. *ibid.* fundus dota-
lis intelligitur, qui jam traditus est.
ibid. & quidem inæstimatus. *ibid.* b.
& Italicus. *ibid.* sed potrectum id jus
est ad provinciales. *ibid.* lex fundi alie-
nationem interdicit viro, invita uxo-
re. *ibid.* facta hæc interdum confirma-
tur. *ibid.* b. Alienatio quid sit. *ibid.* b.
voluntaria respectu mariti etiam tan-
tum intelligitur. *ibid.* & 391. Lex Ju-
lia etiam obligationem fundi prohibet
marito, etiam si uxor consentiat. Justi-
nianus idem juris esse voluit & in alie-
natione 391
Dotalis impensæ. 406
Dotalia pacta. 389. quando fieri queant.
ibid. quotuplicia sunt. *ibid.* a. an alter
alteri hic stipulari queat. *ibid.* diffe-
rentia inter patrem & extraneum quid
excipientem. *ibid.* & b. quomodo ser-
vetur pactum dotalis. *ibid.* b.
Duplex stipulatio, vide *Evictio*.

E.

Edictum de contrariis actionibus nul-
lum fuit. 439. a.
Edictorum varia genera. 40. a.
Edictum Perpetuum, vide *Julianus*.
Editio actionis quando olim fuerit facta.
53. a. quoduplex editio. *ibid.* a. edere
quid notet. *ibid.* quales actionum for-
mule erant, quæ edebantur. 53. b. 54.
a. actio edenda, quid hic actionis ap-
pellatione veniat. *ibid.* 54. b. instru-
mentorum editio. *ibid.* b. an & reus
ea edere debeat. 55. a. argentarii suas
rationes edere coguntur. *ibid.* & b.
quid si edere nolint. 56. a.
De his qui Effuderint vel dejecerint, vide
in *dejecerint*.
Emancipatio quid. 26. b.
Emphyteusis. 335. a. unde dicatur. *ibid.*
a quibus constituebatur. *ibid.* jus em-
phyteutæ. *ibid.* in quibus fundis con-
stituatur. *ibid.* a quo fuerit hic contra-
ctus specialis factus. *ibid.* a. ad quem
pertineat fundi interitus. *ibid.* a. ad
emphyteusin non requiritur scriptura.
ibid. quando emphyteuta jus suum a-
mittit. *ibid.* b. quid si jus suum in ali-
um transferre velit. *ibid.*
Emphyteutæ quæ actio in rem competat.
168.
Emtio quid. 304. ejus substantialia. *ibid.*
consensus. *ibid.* & 305. a. quid juris si
arrhæ sint datæ. 305. a. pretium ve-
rum. *ibid.* & b. certum. 306. a. etiam
in arbitrium alterius contrahentis col-
larum sustinebitur, adhibita certa in-
terpretatione. *ibid.* quid si in tertii ar-
bitrium. 306. b. 307. a. b. pretium in
pecunia numerata constare debet. 308.
a. b. 309. merx quæ. 309. a. b. 310. a.
non res extra commercium. 310. a.
& b. 311. a. non vinum, &c. Barbaris.
311. a. non venena mala. *ibid.* non do-
mus ut destruat. *ibid.* an res pupilli
a tutore. *ibid.* & b.
Emtio perfecta transfert etiam ante tra-
ditionem rei periculum in emptorem.
323. 324. de quantitate ad corpus

vendita. 324. a. de ea quæ degustanda
est. *ibid.* a. & b. quid si sub conditione
sit emptum. *ibid.* b. de commodo rei
venditæ. 325. a. b.
Emti actio. 326. cui detur. *ibid.* ad quid.
ibid. & 327. contra quem. 327. a. &
b. qui cogatur ad rem tradendam. *ibid.*
& b. 328. a.
Emtionis rescissio. 318. ea fieri nequit ex
pœnitentia unius, ne quidem si arrhæ
fuerint datæ. *ibid.* & 319. a. at quidem
ex consensu mutuo. 319. a. etiam ob
dolum aut metum. *ibid.* & b. an ob er-
rorem. *ibid.* b. & 320. a. b. 321. a. em-
tio aliquando valet ex parte emptoris,
cum non valeat ex parte venditoris.
320. b. Error in pretio, quo læsio ultra
dimidium veri pretii contingit, rescis-
sioni facit locum. 321. b. etiam si em-
tor sic læsus sit. *ibid.* & 322. a. etiam
in aliis negotiis bonæ fidei. 322. b.
de *eo quod certo loco*. 247. conf. *Loco*.
Ereiscere est dividere. 193. a.
Evictio. 358. quid. *ibid.* a. duplex stipu-
lationis formula. *ibid.* b. nuda repro-
missio est. 359. omissa hac stipulatio-
ne, ad quid detur actio ex empto. *ibid.*
a. & b. in casibus aliis præter vendi-
tionem, datur utilis emti actio. *ibid.* b.
duplex stipulationis expositio, oportere
emptori licere rem habere. *ibid.* b. de-
nuntiatio auctori faciendæ. *ibid.* b. &
360. quando evicta res dicatur sic ut
agi queat. 360. a. b. 361. a. b. quid si
emptoris culpa sit evicta. 361. a. de
quali re evicta, possit evictionis nomi-
ne agi. 361. b. quid si pars sit evicta.
ibid. distinguendum, qua actione aga-
tur. *ibid.* b. & 362. quid si usus aut u-
susufructus evincatur. 362. a. & b. quid
si servitus realis. *ibid.* b. & 363. a. qui-
bus actionibus agatur de evictione.
ibid. filius semper in simplum tan-
tum obligatur. *ibid.* n. non ultra du-
plum promittere licet evictionis no-
mine. 363. b. quomodo duplum acci-
piatur. 364. a. b. & 365. a. quid de
sumtibus in rem evictam factis est sta-
tuendum. 365. a. de evictione actio-
ne empti non agit, qui sciens rem alie-
nam emit. *ibid.* a. quid si venditor sit
pactus, ne evictionem præstaret. *ibid.*
b. an actio de evictione locum habet
in rem mancipio tradita. *ibid.* b. evin-
centi interdum opponitur exceptio
rei venditæ & traditæ. 366.
Exceptio rei venditæ & traditæ. *ibid.*
Exercitoria actio. 263. exercere navem
quid notet. *ibid.* b. quando huic ac-
tioni sit locus. *ibid.* exercitor ex con-
tractu Magistrum hac actione tenetur.
264. si contraxerit super rebus, super
quibus est præpositus. *ibid.* a. & b. cui
hæc actio competat, contra quem.
264. b. ad quid. *ibid.* b.
Exhereditatio an fieri possit ob alias cau-
sas, quam quæ Nov. 115. c. 3. memo-
rantur? 130. a. & b.
Exheredandi licentiæ finis. 126. b. *sub*
fin. a.
Ad Exhibendum. 197. personalis est ea
actio. *ibid.* b. & 198. ad quid detur.
198. a. cui competat. *ibid.* b. & quid
ei incumbat probandum. *ibid.* & 199.
a. b. & 200. contra quem hæc detur
actio. 200. b. 201. a. an in heredem.
201. b. iudicis officium in hac actio-
ne. *ibid.* & 202. a. quando exhibenda
res est. 202. a. quomodo exhibenda.
ibid. & b. 203.
Existimatio quid. 60. a.

F.

Facti ignorantia, vide *Ignorantia*.
In Factum actio. 336

Famæ effectus, respectu habito ad præ-
sumptionem. 369. a. & b.
Familia quid. 193. a.
Familia ereiscunda actio. 192. ex XII.
Tabb. orta. 192. & 193. Prætoris
Edictum de ea. 192. competit ubi &
hereditas peri potest. 193. a. non ha-
bet locum respectu quartæ impube-
rum adrogatorum, nisi utiliter. *ibid.*
at habet locum respectu peculii filii-
fam. militis. *ibid.* inter coheredes. *ib.*
& b. & bonorum possessores. *ibid.* est-
que actio duplex. *ibid.* diversa ab he-
reditatis petitione. *ibid.* b. in ea alter
faretur adversarium sibi esse cohere-
dem. *ibid.* non requiritur, ut uterque
possideat bona hereditaria. *ibid.* unica
actio de pluribus hereditatibus inter
eosdem datur. *ibid.* & 194. a. ad quid
detur hæc actio. 194. mixta est. *ibid.*
in personam est, quasi ex contractu,
scilicet ex communiione nata. *ibid.* hæc
actione omnia sunt dividenda, quum
semel tantum queat institui. *ibid.* b.
non habet locum si testator ipse bona
sua dividerit, uti nec respectu nomi-
num. *ibid.* quomodo circa hæc dispo-
nere quid queat iudex. *ibid.* b. quid de
malis medicamentis & libris impro-
baræ lectionis iudex facere debeat. *ib.*
& 195. nec veniunt in hoc iudicium
improbe acquisita. 195. a. quid de ta-
bulis testamenti statuendum. *ibid.* a.
aut cautionibus hereditariis. *ibid.*
quomodo divisio instituenda. *ibid.*
quæ præstationes personales sint,
quæ huc veniunt. *ibid.* b. hanc actio-
nem excludit actio negotiorum gesto-
rum. *ibid.* coheres tantum de levi cul-
pa tenetur. *ibid.* condemnationis o-
missio in uno coherede, aliorum con-
demnationes infirmat. 196. a. adjudi-
cationum effectus. *ibid.*
Femina dicitur de homine molli & ef-
feminato. 416. a. b.
Femina a virilibus officiis arcentur. 281.
282. b.
Feras bestias alere non licet, qua vulgo
iter fit. 183. a.
Feria quid sint. 51. a. quoduplices. *ibid.*
a. earum effectus. *ibid.* a. & b.
Fideicommissaria hereditas ex SC. Tre-
belliano non tantum re ipsa, sed verbo
quoque restituitur. 165. a. pr.
Fideicommissarius utili hereditatis peti-
tione utitur, quia suam esse heredita-
tem jure Prætorio dicere potest. 154.
Fideicommissorum jurisdictio penes
quos. 124. a.
Fidejussor tutoris etiam ex nudo pacto
tenetur. 441.
Fiducia quæ. 259. a.
Filius, an personam standi in iudicio ut
actor habeat? 120. b. 121. a. & b.
an ut reus. 122. a. b.
Filius, cum patre una habetur persona.
413. a.
Filius, ex omnibus causis æque tenetur
ac pater. 270. a. & b. ergo & post e-
manicipationem manet civiliter obli-
gatus. *ibid.* & 271. ideo beneficium
competentiæ ei tunc certo modo est
concessum. 271. a. b.
Finium regundorum actio. 189. profecta
est a lege XII. Tabb. *ibid.* ejus
de finibus capita. *ibid.* quando sit huic
actioni locus. *ibid.* b. 190. a. inter
quos detur. 190. a. & b. ad quid. 391.
arbiter, mensuris intervenit, declarat,
si potest, antiquos fines. *ibid.* a. & b.
mixta actio est. *ibid.* b.
Focaria quæ sit. 392. b.
Forum competens quod? 123. b. &
seqq.
Fraus, veteribus pro pœna ponebatur
352. b.
Fructus

INDEX RERUM & VERBORUM.

Fructus quid. 159. *b.* quoruplices. *ibid.*
eorum acquisitionis jus. *ibid.* 160. *a.*
b. 161. 162.
Fructus quid complectantur. 405. *a.*
Fugiens i. e. reus. 119. *b.*
Fugitivus quis sit. 209. *a.* eorum poena.
ibid. *b.*
Funeraria actio, vide *Religiosus*.
Funeris sumtus, vide *Religiosus*.
Furiosus quis. 448. *a.*

G.

Gentilis quis. 418. *b.*
Germani qui sint. 131. *sub fin.* *et*
132.
Gerere quid sit. 80. *a.*
Gestum quid notet. 87. *sub fin.* 88. 94.
a.
Grex vindicari potest. 155. *a.* 156. *b.*

H.

Habitatio quid. 170. ex regulis juris
non est tertia species servitutis
personalis. *ibid.*
Heliocaminus idem cum solatio. 172. *a.*
Hereditas quid sit. 142.
Hereditas, quatenus jure est, respicit divi-
sionem. 193. *a.*
Hereditas vendi potest. 314. hominis
mortui. *ibid.* quid, si vivi hereditas
vendatur, aut quæ aliter nulla est, aut
aut ad venditorem non pertinet. *ibid.*
stipulatio emtæ & venditæ hereditatis.
ibid. *a.* *et b.* quid ad emtorem perti-
nere debeat. *ibid.* venditor non præstat
evictionem rerum singularum. 315. *a.*
an præstandum emtori id, quod ex
impuberis substitutione pervenit ad
venditorem coheredem & substitu-
tum. *ibid.* emtor non sit heres. *ibid.*
quæ lucra & damna ad emtorem per-
tineant. *ibid.* *a.* *et b.* portio heredita-
tis ad crescit venditori. 316. 317. sed
emtore est restituenda. 316. *b.* 317. *b.*
quid venditor emtori præstare debeat.
ibid.
Hereditate vendita, quo titulo habeantur
res hereditariæ. 165. *b.*
Heredis nomine quis veniat interdum.
214. *b.*
Homines aut nascituri sunt, aut jam nati.
14. jus matris & patris in foetum &
partum. *ibid.* 15. *a.* sunt & vel mascu-
li vel feminæ. *ibid.* vel majores natu,
vel minores. *ibid.* hique puberes aut
impuberes. *ibid.* sunt & vel liberi vel
servi. *ibid.* *b.*
Honestas pro dignitate. 410. *b.*
Honorarium quid. 295. *b.*
Hospes quis. 185. *b.*
Hypotheca vide *Pignus*.

I.

Iactus vide *Rhodia lex*.
Ignorantia quid sit. 371. alia juris est,
alia facti. *ibid.* *et* 372. facti ignoran-
tia aut facti proprii est aut alieni. 372.
hæc plerumque tolerabilis est. *ibid.* *a.*
Iuris ignorantia effectus. *ibid.* *a.* *et*
b. quibus permittitur jura ignorare.
ibid. *b.* Ignorantia juris naturalis non
excusat, sed miseratione ætatis poena
interdum minuitur. 373.
Impensæ quoruplices. 162. *b.* quid juris
in illis sit. *ibid.* *b.* *et* 163. *a.*
Impensæ in res dotales quo jure gau-
deant. 406.
Incerta nomina quæ sint. 272. *a.*
Incestus quis & quoruplex. 378. *b.* *et*
seqq.
Indigni cura legum. 210. *a.* *b.*
Infamia quid. 60. *a.* *et b.* eam Prætor in-
fligit dupliciter vel ipso jure, vel sen-

tentia judicis. *ibid.* *b.* infames sunt
missi ab exercitu. *ibid.* 61. *a.* *et b.* qui
artis ludicæ pronuntiandi causa in
scenam prodierit. 61. *b.* 62. *a.* *b.* qui
lenocinium fecerit. 62. *b.* 63. *a.* qui
in judicio publico calumniæ, prævari-
cationisve causa quid fecisse judicatus
erit. 63. *a.* qui furti &c. suo nomine
damnatus pactusve erit. *ibid.* *et b.* 64.
a. *b.* qui pro socio, &c. suo nomine,
non contrario judicio, damnatus erit.
64. *b.* *et* 65. qui mulierem &c. ante-
quam virum elugeret, in matrimo-
nium collocaverit &c. 65. *b.* *et* 66. *a.*
b. an & alii nonnulli interpretatione
Edicto includantur. 66. *b.* *et* 67.
Ingenuus quis sit. 17. *a.*
Inafficioso testamento. 126. vide porto
in querela.
Inspiciendo ventre, custodiendoque
partu. 409. 410.
Institoria actio. 268. utilitas hujus indu-
ctæ actionis. *ibid.* institutor quis sit. *ib.*
et 269. locum habet hæc actio ex ne-
gotio inito cum institore super iis, qui-
bus est præpositus. 269. *a.* cui, con-
tra quem, & ad quid detur. *ibid.* *a.* *b.*
Instrumentorum editio, vide *Edictio*.
Instrumentorum fidem facientium no-
mine quid veniat. 369. *a.* pertinent ad
probatorem, non ad rei formam. *ibid.*
quid requiratur ad instrumenti ipsius
formam. *ibid.* non invocatio Divini
numinis. *ibid.* *b.* instrumenta vel pu-
blica sunt vel privata. *ibid.* eorum vis
in probando. *ibid.* *et* 370. si manus
negetur, quomodo instituatur scriptu-
ræ comparatio. 370. *a.*
Interesse quo assurrexerit olim. 359. *a.*
In Integrum restitutio, vide *Restitu-
tio*.
Interrogatio in jure. 203. usus ejus. 204.
a. *b.* actio ex responsione nata. *ibid.*
et 205.
Judex quis? 122. *b.* quoruplex? *ibid.* *et*
123. *a.* à quo dari queat? 123. quis
dari possit. 123. *a.* *et b.* 124. *a.*
De *Judiciis*. 119. *a.*
Judicium quid? ejus divisio in civile &
criminale. 119. *a.*
Judicii personæ quæ. 119. *b.*
In Judicio standi personam qui habeant.
120. *a.* *et seqq.*
Lex Julia de fundo dotali, vide *Dotalis
fundus*.
Juliani potestas in condendo Edicto Per-
petuo. 256. *a.*
Jumentum quid. 357. *b.*
Furgium etiam de quacunque lite dicitur.
191. *a.* in princ.
Juris ignorantia vide *Ignorantia*.
Jus pro more. 20. *a.*
Jus unde dicatur & quid sit. 1. *a.* quæ no-
tet. 2. *b.* dicitur etiam jurisprudentia.
ibid. *b.* juris præcepta. 3. *a.* juris divi-
sio. *ibid.* *a.* naturale jus quod. 3. *b.* jus
gentium quid. 4. *a.* effectus juris
utriusque. 4. *a.* *b.* 5. *a.* *et b.* civile jus
quid. 6. *a.* quoruplex. *ibid.* *a.* *et b.*
scripti partes. *ibid.* *b.* *et seqq.* jus sin-
gulare quid. 9. *b.* *sub fin.* jus non scri-
ptum. 12. *sub fin.* *et* 13. ejus requisi-
ta. *ibid.* 13. *a.* *b.* ejus vis. 14.
In jus vocare. 43. à citare differt. *ibid.* *et*
44. quid sit. 44. quomodo olim fie-
ret. *ibid.* *a.* aliter postea. *ibid.* *b.* qui
in jus vocari penitus, quinam quadan-
tenus verentur. *ibid.* *b.* *et* 45. si con-
tra edictum fiat, in quam poenam quis
incidat. 45. *a.* *et b.* qui ritus in jus vo-
candi sub Græcis Impp. fuerit obser-
vatus. *ibid.* *b.* Si quis in jus vocatus
non ierit: si ve quis eum vocaverit, quem
ex edicto non debuerit. 45. 46. In jus
vocati, ut eant, aut satis vel cautum
dent. 46. Ne quis eum, qui in jus voca-

bitur, vi eximat. *ibid.* quæ actio eo no-
mine detur. *ibid.* *b.* ad quid tendens.
47. in jus vocati satisfactio. *ibid.* *et*
48. *a.* qui jurato caveant. 48. *a.* *et b.*
qui nuda repromissione defungantur.
ibid. *b.* Si ex noxali causa agatur, quem-
admodum caveatur. 49. De eo per
quem factum erit, quo minus in judicio
sistat. *ibid.* qua actione teneatur. *ibid.*
a. cui ea detur. *ibid.* *et b.* contra quem.
ibid. *b.* *et* 50. ad quid 50. *b.* Si quis
cautionibus in judicio sistendi causa fa-
ctis non obtemperaverit. 50. quomodo
coërceatur. *ibid.* excusatur ob ferias, &
dilationes. *ibid.* *et seqq.*
Jurorum veterum in invicem refutando
vetercundia. 43. *b.*
Jurisconsultorum responsa. 8. *et* 9.
Juridicus Alexandria. 39.
Jurisdicatio. 39.
Jurisjurandi etymon. 225. *a.* definitio.
ibid. *et b.* quoruplex sit. *ibid.* *b.* pro-
missorii vis. *ibid.* qualis ejus, quod li-
ber tus patrono præstat. *ibid.* *b.* Asser-
torii divisio. *ibid.* *sub fin.* Voluntarium
quod. *ibid.* *et* 226. *a.* Necessarium
quod. *ibid.* Judiciale quod. *ibid.* plura
Edicti de jurejurando capita fuere. *ib.*
a. cui deferri jusjurandum queat. *ibid.*
in quibus causis. 226. *b.* quo modo
deferatur. *ibid.* *et* 227. *a.* quo 227. *b.*
quid sit remittere jusjurandum. 228.
a. Effectus jurisjurandi delati, & à reo
præstiti aut ei remissi. *ibid.* *et b.* quod
actionem in eum Prætor deneger. *ibid.*
et 229. *a.* Effectus jurisjurandi actori
delati, & ab eo præstiti eive remissi.
229. *b.* quod Prætor ei actionem der.
ibid. qualem. *ibid.* *b.* ad quid tenden-
tem. 230. *a.*
Jusjurandum delatum in judicio præ-
standum, referendum aut solvendum
est. 230. *b.* *et* 231. *a.* modo deferens
paratus sit jurare de calumnia. 231. *a.*
causæ recusandi jurisjurandi. *ibid.* *b.*
et 232. *a.* *b.* Judiciale jusjurandum
à judice deferatur. 232. *b.* in causis du-
biis. *ibid.* quæ hæc sint. *ibid.* non si unus
testis adducatur. *ibid.* 233. *a.* effectus
præstiti hujus jurisjurandi. *ib.* *b.*
Jusjurandum in litem. 158. *b.* 233.
quid sit. *ibid.* *a.* quoruplex sit. 234. *a.*
affectionis quodnam sit. *ibid.* *et b.*
quibus in causis locum habeat. *ibid.* *a.*
b. 235. *a.* *b.* & hic culpa lata dolo æ-
quiparatur. 235. *sub fin.* *et* 236. quis
hoc jusjurandum deferat. 236. *a.* cui.
ibid. *et b.* quatenus juretur. *ibid.*
237.
Jurisprudentia idem cum jure est. 2. *b.* *et*
3. *a.* quid sit. 2. *sub fin.*
Justus vide *Quod iustus*.
Justitia quid sit. 1. *a.* *b.* divisio ejus Ari-
storelica. 2. *a.* *b.*

L.

Lautumia pro carcere. 210. *b.*
Legatus Proconsulis. 36. *sub fin.* *et*
37.
Legitima quid. 137. *b.* quo titulo relin-
quenda? *ibid.* quando inducta sit. *ibid.*
quanta olim fuerit. *ibid.* *et* 138. *a.* *b.*
quo tempore bona sint considerata,
quorum pars est legitima. *ibid.* quæ iis
ante sint deducenda. 138. *b.* Quænam
legitimæ imputentur. 139. *b.* Quid si
tota legitima non sit relicta? 139. *b.* *et*
140. Quanta hodie legitima sit. 140.
a. Actio ad ejus supplementum quam-
diu vivat. 140. *b.* *et* 141.
Legitimatio quid. 22. *a.* qui legitimen-
tur. *ibid.* quibus modis. *ibid.* *et b.*
Ubi subsequente matrimonio sit, re-
quiruntur dotalia instrumenta. *ibid.*
a. *et b.*
Leno-

INDEX RERUM & VERBORUM.

Lenonum turpitudine. 210. b.
Lex in genere quid. 9. a. & c. ejus virtus. 10. b. 11. a. legibus solutus quis dicatur, & sit. 11. a. & b. legis interpretatio. *ibid.* b. 12. a; b.
Lex Populi Romani quid. 6. a. & b.
Lex dicitur de SCto. 271. a.
Legum cura indigni. 210. a; b.
Libertas quid. 15. b. liberi aut ingenui sunt aut libertini. 17. a. & b. aut cives Romani, aut peregrini. 18. a. aut sui aut alieni juris. 18. a. & b.
Libertatis favor. 120. a.
Libertinus quis. 17. a. & b. quod duplex. *ibid.* b.
Litis contestationis obligatio. 159. a.
Locatio duplex alia rerum, alia operarum. 329. a. locator quis, conductor quis dicatur. *ibid.* locationis definitio. *ibid.* a. emptioni vicinus contractus est. *ibid.* b. in consensu. *ibid.* mercede. *ib.* quæ tamen favore rei rustica in certa fructuum quantitate constitui potest. *ibid.* quæ res locari possint. 330. a. & b. Conducti actio. *ibid.* b. conductor rem iterum alteri locare potest. *ibid.* sola detentio ad conductorem transit. 331. a. non possessio. *ibid.* nec regulariter dominium. *ibid.* locator præstare debet uti frui licere. *ibid.* & b. quid si vis major obstiterit. *ibid.* & 332. a. b. conductor indemnus servandus est. 332. b. 333. a. locati actio ad quid detur. 333. a. & b. 334. quæ culpa in hanc actionem veniat. 334. a. & b. conductor est dominus usus *ibid.* b.
Locus quid. 155. b.
Loco certo ex stricti juris negotio solvendum, qua actione alio in loco peti queat. 247. Prætoris de ea edictum. *ibid.* a. ejus necessitas. *ibid.* in stricti juris negotiis utilis est hæc actio. *ibid.* & b. quid si alternative sit obligatio concepta. 248. b. 249. a. judicis officium in hac actione. 250. a. cujus interesse inspicitur. 250. a. & b. an hoc pertineat ad fidejussorem. *ib.* b. 251. a. b.
Luctus servandus, & non servati poena. 65. b. & 66. a. b.
Lumen diversum ab apertura parietis. 172. b.
Lupanaria etiam in honestorum virorum prædiis exercebantur. 145. b.

M.

Macedonianum SCrum. 271. quid caverit. 271. *ibid.* & seq. quando factum. 272. qua occasione. *ibid.* a. fœneratorum avaritia. *ibid.* a. quis hujus SCri beneficio gaudet. *ibid.* b. 273. a. b. quodnam mutuum prohibeatur. 273. b. usurarium, an & nec usurarium. 274. a. datio mutui est prohibita, non promissio. *ibid.* quid si contra SC. fuerit factum. 274. a. b. quid si fœnerator ignoravit esse filium. 275. a. quid si pupillus crediderit. *ibid.* quid si filius. *ibid.* a. & b. quid in duobus credendi reis juris sit. *ibid.* b. in duobus filiis. debendi correis. *ibid.* cui detur SCri exceptio. *ibid.* & 276. a. quando cesset ex persona patris. 276. a. & b. ex persona filii. *ibid.* & 277. a. b. quando SCri exceptio opponi possit. 277. a. & b.
Magistratus an agere queant? 121. b. an conveniri? 122. b.
Magistratus ratione tutelæ quatenus conveniendi, conf. v. Tutela.
Mandatum quid sit. 293. quomodo contrahatur. 294. a. qui a consilio diversum sit. *ibid.* & b. gratuitum esse debet. 295. a. & b. quomodo solvatur mandatum. *ibid.* b. & 296. mandati

actio directa. 296. a. quando competat. *ibid.* b. ad quid detur. *ibid.* b. quæ culpa sit præstanda. *ibid.* & 297. a. b. mandati actio contraria. 297. b. cui, ad quid detur. *ibid.* quando ea cesset. 298. a.
Manumissio quid. 17. b. quomodo fiat. *ibid.* & 18. 403. a.
Matrimonium uxorem interdum notat. 403. a.
Matrimonium vide Nuptia.
Menfor agri qualis. 211. a. honorarium tantum accipit. *ibid.* de culpa non tenetur. *ibid.* a. & b. sed si dolo falsum modum renuntiavit. *ibid.* renuntiare quid sit. *ibid.* b. hæc actio etiam competit, si cujus alterius rei mensuram quis renuntiavisse dicetur. *ibid.* ad quid detur hæc actio. 212. a. adversus quem. *ibid.* a. & b. heredi non in heredem datur. *ibid.* b. perpetua est. *ibid.*
Meretriciæ artis professio. 239. b. *sub fin.* & 240.
Metu gesta, vide Restitutio.
Minor ætas quomodo juvetur, vide Restitutio.
Minorum privilegia non in eorum damnum interpretationem recipiunt. 121. b.
Minorum bona si sine decreto vendita fuerint, habet minor actionem adversus emptorem. 444. a. quia SCto prohibita est alienatio rerum immobilium eorum sine decreto. 444. a. & b. scil. æque tutoribus ac curatoribus. 445. a. & quidem alienatio prædiorum & urbanorum & rusticorum. *ibid.* etiam infructuosorum. *ibid.* & b. quid si minor in prædio emphyteusim tantum habeat. *ibid.* b. quid si usufructum. *ibid.* an servitus fundo minoris imponi, aut an ei debita remitti possit. *ibid.* sic & Oratio prohibet alienationem mancipiorum rusticorum. *ib.* *sub fin.* & 446. quænam e contrario jussit distrahi. 446. a. quod fere est sublatum penitus. *ibid.* oppignatio etiam vetatur. *ibid.* & in solum datio. *ibid.* a. & b. quibus in casibus distractio sit licita. *ibid.* b. quid si æs alienum tantum sit, ut ex rebus cæteris non possit exsolvi. *ibid.* b. & 447. quid in Provinciis servandum sit. 447. a. & b. hæc cognitio Magistratus pro tribunali fieri debet. *ibid.* b. quid veniat in cognitionem illam. *ibid.* b. quid si Prætori fuerit obreptum. *ibid.* quid si socius ad divisionem provocet. *ibid.* b. alienationis contra SCrum factæ effectus. 448. a. & b.
Missio a militia. 61.
Missio mulieris in possessionem ventris nomine. 410.
Monumentum quid. 214. b.
Morbus quid sit. 351. b.
Mulier includit etiam virginem. 320. a.
Mulier vide Femina.
Municipalium Magistratuum jurisdictio certo loco includitur. 123. b. *sub fin.* & 124.
Munimenta sepulchrorum, quæ. 216. a. & b. & 217. a.
Munus quid a donatione differat. 393. *sub fin.* & 394.
Mutuum quid. 220. b. an conveniri possit, ut plus restituatur, quam est datum. 221. a. ficta traditio sufficit. *ibid.* dominium transfertur. *ibid.* b. effectus doctrinæ illius. *ibid.* consumtione mutuum, non recte contractum, non convalescit, nec conditio, quæ nascitur, est quæ ex mutuo competit. *ibid.* sed conditio sine causa. *ibid.* tantumdem in mutuo est restituendum. 222. a. b. Edictum de mutuo. 222. b. Cer-

tum quid. *ibid.* certi conditionis origo & progressus. 223. a. conditio, certi ex mutuo. 223. b. cui detur. 224. a. & b. contra quem. *ibid.* b. judicis officium in hac actione. 225. a.

N.

Natalium professio. 97. b. *sub fin.*
Nationum diversa indoles. 352. b. *sub fin.*
Nauticum fœnus. 167.
Nautæ, caupones, stabularii, sunt exercitores. 116. a. b. si saluum fore quid receperint. 117. a. nisi restituent, actione in factum tenentur. *ibid.* b. ad interesse. *ib.* & ad præstandam culpam omnem. *ibid.* lidem tenentur & alia in factum actione pœnali, quasi ex delicto in duplum de damno injuria dato, ab ipsorum ministris. 117. b. *sub fin.* & 118. a. b. in navi, caupona, vel stabulo. 118. b. quando cesset. *ibid.*
Negotiorum gestor quis. 77. a. b. & 78. exempla varia. 78. a. b. 79. a. animus negotii pro altero gerendi requiritur. *ibid.* an actione negotiorum gestorum is etiam teneatur, qui ex necessitate gessit. 79. b. cujus intelligantur negotia. 80. a. gestum quid dicatur. *ibid.* a. tenetur interdum quis & de non gesto. *ibid.* b. negotiorum gestorum directæ actio cui detur. 80. b. contra quem. *ibid.* ad quid. *ibid.* & 81. quam culpam præstet. 81. a. & b. ad quas usuras teneatur. *ibid.* b. contraria actio cui, contra quem, ad quid detur. 81. *sub fin.* & 82.
Nocturni qui. 185. a.
Nomina incerta quæ sint. 272. a.
Novum jus quid sit. 41. b.
Noxæ quoduplices. 352. a.
De noxalibus actionibus. 187. in filiusfam. amplius locum non habent. 187. *sub fin.* & 188. in servis locum habent, si deliquerint, cum dominus prohibere non possit. 188. a. noxia quid. *ibid.* adversus quem noxalis actio detur. *ibid.* a. cui competat. *ibid.* & b. ad quid detur. *ibid.* b. dedere servum noxæ quid sit. *ibid.* b. Bonæ fidei possessor servi noxali judicio conveniri potest. *ibid.* b. Quid si reus servum in sua potestate esse neget. 189.
Noxia quid. 182. b.
Nummularii qui. 55. b.
Nuptiæ, quomodo proprie distinguantur a matrimonio. 374. a. quid sint nuptiæ. *ibid.* polygamia est illicita. *ibid.* b. consensus de conjunctione sunt nuptiæ, conjunctio est ergo effectus nuptiarum. *ibid.* b. conjunctio porro animorum intelligitur. *ibid.* & 375. nuptiæ quibus ritibus legitime fiebant. 375. a. matrimonium jure gentium quo modo fuerit contractum. *ibid.* Quo sensu nuptiæ individua conjunctio esse dicantur. *ibid.* b. Inter quos nuptiæ contrahantur. *ibid.* *sub fin.* & 376. a. inter cives Romanos. *ibid.* de ætate contrahentium. 376. a. de consensu eorum, qui eos in sua habent potestate. *ibid.* & b. ex post facto is accedens efficit nuptias retro legitimas. *ibid.* b. filia emancipata minor nubens, quorum consensu egeat. *ibid.* & 377. interdum pater ad consentiendum cogi potest. 377. a. interdum nec ejus consensus requiritur. *ibid.* Ipsorum contrahentium consensus. *ibid.* a. & b. de errore. *ibid.* & b. de metu. *ibid.* 378. a. de filiafam. nubentis consensu. 378. a. De cognatione. *ibid.* & b. 379. & seqq. De adfinitate. 381. a. b. Aliæ juris civilis prohibitiones. 381. b. c. g. inter senatorem & libertinam.

INDEX RERUM & VERBORUM.

nam. *ibid.* nimis senes. *ibid.* & 382.
tutorem & quondam pupillam. 382.
et seqq. eum, qui officium in provin-
cia habet, & mulierem provincialem.
383. b. nuptiarum effectus. *ibid.* b.
quid si adversus præcepta legum sint.
factæ. *ibid.* sub fin. & 384.
Nuptiæ quomodo solvantur. 399.
400.

O.

Obligatio alteri per alterum liberum
hominem regulariter non acqui-
ritur. 430. a. an per tutorem. *ibid.*
& b.

Obrepere quid. 447. b.

Obtemperare jus dicenti quis negetur,
vide Si quis.

De Officio ejus, cui est mandata Jurisdictio.
39.

De Operis servorum. 169.

Optare notat eligere. 23. a.

Origo juris. 9. a.

P.

Pactum, s. dotale, vide Dotale.

Patiendi legitimum tempus. 21. b.
& 22.

Partes rerum quatuorplexes. 361. b.
362. a.

Partus ancillæ sitne interdum in fructu.
145. a. sub fin.

Partus quot nascituri statuuntur inter-
dum. 153.

Partus custodia. 409. 410.

Pater quis sit. 21. a. & b.

Patria potestas. 19. a. b. 20. 21. quibus
modis ea acquiratur. 21. a. quomodo
solvatur. 26. b. 27.

Patria potestas in exheredando. 126. b.
& 127.

Patresfam. qui non habeant personam
standi in judicio, ut actores. 121. b.
qui, ut rei. 122. b.

Pauli liber, non de seipsum virilibus, sed de
centum viratibus judicis fuit. 127. a.

Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur.
182. respectu ferarum belliciarum hæc
actio locum non habet. *ibid.* paupe-
ries quid sit. 183. a. ad quid detur hæc
actio. 183. b. & 184. a. cui detur. 184.
contra quem. *ibid.* b.

Peculium unde dictum. 277. a. quid sit,
278. a. quid in peculio esse videatur.
ibid. a. & b. quatuorplex sit. *ibid.* b. a.
actioni de peculio quando locus sit,
278. b. & 279. a. an & si negotium
cum filiafam. sit gestum. 278. b. an &
cum servo. *ibid.* obligatur hac actio-
ne tam mas, quam femina, etiam pu-
pillus. 279. ex quo negotio detur hæc
actio. *ibid.* a. cui detur hæc actio. *ibid.*
b. contra quem. *ibid.* ad quid. 276. a.
b. quando actio de peculio annalis sit,
276. & contra quem tunc detur. 277.
a. b.

Peculium vindicari nequit. 155. a.

Per, ejus vis in compositione. 206. b.

Pergulæ quæ? 125. a.

Periculum rei ad quem pertineat. 158.
b.

Periculum rei venditæ, vide in Emptio.

Permutatio quæ. 336.

Personarum divisiones, vide Homines.

Petitio hereditatis. 142. est actio in rem,
ibid. a. etiam in personam facta au-
toritate J. Ctorum, in Fori disputatio-
ne interpretantium S. C. tum eo spe-
ctans. *ibid.* quid actione illa petatur.
ibid. & b. competit ea illi, qui heredi-
tatem suam dicere potest. *ibid.* b. con-
tra quem ea detur. 143. & seqq. non
sufficit, ut quis jactet & clamet se here-
dem esse, ut contra eum detur hæc a-

ctio. 143. a. datur hæc actio etiam
contra detentorem. 143. a. non contra
eum, qui titulo singulari possidet. 143.
b. ideo reus hic titulum suæ possessio-
nis edere tenetur. *ibid.* datur contra
bonorum possessorem. *ibid.* contra fi-
deicommissarium. *ibid.* contra eum,
cui ut indigno fiscus hereditatem ab-
stulit. 144. a. a princ. an contra emto-
rem hereditatis? *ibid.* contra eum, qui
se liti obrulit. *ibid.* contra eum, qui do-
lo defuit possidere. *ibid.* est hæc actio ex
edicto Prætoris in rem: at ex Fori di-
putatione secundum mentem S. C. etiam
in personam facta est. 144. b.
atque inde est tandem bonæ fidei fa-
cta. *ibid.* Quæ in hoc judicium ve-
niant? 144. b. & 145. a. b. & seqq. an
possideri cœpta post litem contesta-
tam? 146. a. S. C. tum circa præstatio-
nes personales. 146. b. expositum.
146. & seqq. Casus, quo res ante li-
tem contestatam perierunt, a malæ fi-
dei possessore præstatur. 148. a. Ad
quid b. f. possessor teneatur. *ibid.* De
fructibus & usuris quid dicendum sit.
148. a. b. Rei distractæ pretium, an
rem ipsam restituere malit, electio-
nem b. f. possessor habet. 148. b. &
149. a. Quid de luctis occasione heredi-
tatis perceptis sentiendum. 149. a. b.
Quo tempore b. f. possessor ut locu-
pletior consideretur. 150. b. Rei, si ve
possessoris, jus in eandem. 150. b. sub
fin. & 151. Circa impensas quid juris.
151. b. & 152. a. Circa debita heredi-
taria quid. 152. a. & b.

Si Pars hereditatis petatur. 152. 153.

De fideicommissar. hereditatis petitione. 154.

Picturæ accessionis jus. 156. a.

Pignus, quomodo ex eo actio in rem fue-
rit data. 337. a. b. an differat ab hy-
potheca. 337. quid sit pignus. *ib.*
cui obligationi cedat. *ibid.* b. &
338. nudo pacto constitui potest.
338. a. & b. etiam tacito pacto. 338.
b. pignus aliud generale est, aliud sin-
gulare. *ibid.* in speciali consideran-
dum diligenter est, quibus in rebus
constituatur. *ibid.* & 339. mutatio rei
non tollit pignus. 339. a. ejus accessio-
nes etiam obligantur. *ibid.* & b. gene-
rale pignus. 339. b. etiam ad bona fu-
tura extenditur. *ibid.* non ad ea, quæ
verosimiliter aliquis ne specialiter qui-
dem obligasset. *ibid.* res pignerata de-
bet tempore conventionis in bonis
obligantis fuisse, idque creditor in spe-
ciali pignore probare debet. 340. a.
qui ergo possint constituere pignus. *ib.*
an res aliena pignerari queat. *ibid.* b.
& 341. a. b. in bonis esse quid dicatur.
341. b. pignori obligari possunt su-
perficies, fundus vectigalis, nomen,
ususfructus, non servitus realis. 342.
a. Non servi aratores, aut boves ara-
torii, aut instrumentum aratorum.
ibid. b. non spes præmiorum, quæ pro
coronis athletis pensanda sunt. *ibid.*
actio in rem ex pignore vide Serviana
actio. etiam exceptio. 344. a. pigno-
ris venditio. 344. b. 345. quid si ven-
ditum evincatur. 345. b. jus circa præ-
tium ex venditione redactum. *ibid.* &
346. a. quid si emtor non inveniatur.
346. a. pignus tacitum & legitimum.
346. a. b. testamento quoque consti-
tuitur. 347. a. & missione in possessio-
nem. *ibid.* a. quid si pignus pluribus sit
obligatum. *ibid.* a. & b. 348. quis prior
tempore in pignore dicatur. 348. b.
privilegium temporis prærogativam
tollit. *ibid.* b. & 349. quomodo pig-
nus tollatur. 349. a. & b.

Pignus contractus quid. 259. olim fidu-
cia fuit adhibita. *ibid.* a. quatenus ab

hypotheca differat pignus. *ibid.* & b.
actio pigneratitia. *ibid.* directa quan-
do comperat. *ibid.* b. & 260. a. b. 261.
a. b. quid in hanc actionem ve-
niat. 261. b. & 262. quæ culpa. 261.
& 262. a. quid si pignus pluris sit ven-
ditum, quam debebatur. 262. a. & b.
Contraria actio debitori datur, ad
quid. 262. b. & 263.

Primus Pilus quis. 346. b.

Polia est grex equorum. 358. b.

Possidere quid. 143. a. naturaliter quid.
ibid. civiliter quid. *ibid.* pro herede
quid. *ibid.* pro possessore quid. *ibid.*
& b.

Possessio vacua quid sit. 327. a.

Possessoris b. f. jus in restituenda re.
158. b.

Possessor malæ fidei quis. 147. b. 148.

Possessoris m. f. jus in restituenda re.
158. b.

De Possessoria hereditatis petitione. 153.

Postulare quid. 57. a. a quo fiat. *ibid.* qui
postulare possint. *ibid.* b. qui postula-
re in totum prohibeantur. *ibid.* qui
pro aliis postulare prohibeantur. *ibid.*
b. ut femina. *ibid.* & 58. personæ
turpitudine notabiles. 58. a. b. qui-
bus pro se & pro certis tantum perso-
nis postulare licitum sit. 58. b. & 59.
Legibus & Constitutionibus, qui po-
stulare vetentur. 49. a. & b. Judicis
sententia postulare quidam prohiben-
tur. 59. b. Qui pro aliis postula-
bant, quomodo vocati fuerint. *ibid.* b.
& 60.

Plebiscitum quid. 6. b.

Prædo quis. 147. b.

Præfectus Augustalis. 37.

Præfectus Prætorio quis. 34.

Præfectus Vigillum. 36.

Præfectus Urbi. 35.

Prægnans mulier quot partus interdum
statuatur editura. 153.

Præscriptis verbis actio. 336.

Præles. 37.

Præstationes personales quid comple-
tantur. 302. b. 303. a.

Præsumptio quid. 368. a. quatuorplex
est. *ibid.* a. necessariæ effectus. *ibid.* de
reliquis. *ibid.* b. & 369.

Præteritio materna interdum pro exhe-
redatione, interdum pro institutione
habetur. 130. a.

Prætor. 36 de contrariis actionibus nun-
quam nominatim edixit. 439.

Prætorum edicta. 8. a. b.

Præcatum vide Commodatum.

Pretium succedens in locum rei. 145. a.
147. a.

Principum placita quæ. 7. b. lege Regia
quid consecuti Principes sint. *ibid.* b.
vide porro. 14.

Privilegium quid. 9. b.

Privilegium facit forum competens.
125. b.

Probatio. 367. quid. *ibid.* facta sunt pro-
banda, jus scriptum probare non est
necesse. *ibid.* probatio fit ab eo, qui ait.
ibid. a. ergo ab actore. *ibid.* interdum a reo. *ib.*
e g. in exceptionibus. *ibid.* negatio
non probatur, nisi simpliciter affirma-
tionem includat. *ibid.* b. judici est
probandum. *ibid.* b. post litem con-
testatam. *ibid.* quatuorplex sit probatio.
ibid. artificialis constat præsumptio-
bus. 368.

Proconsul. 36.

Procurator quis. 67. a. origo procurato-
rum judicialium. *ibid.* & 68. a. qui-
bus in causis admittantur, & qui pro-
curatorem constituere possint. 68. &
b. 69. a. mandato constituitur. 69. a.
procuratores quatuorplexes sint. 69. b.
quomodo Prætor procuratorem judi-
cialem admittat. 69. sub fin. & 70. a.

Q. 1. qui

INDEX RERUM & VERBORUM.

- qui sine mandato pro actore admit-
tantur. 70. a. procuratoris officium.
ibid. b. quid si procurator in rem suam
sit. *ibid.* quid si tutor aut curator. 71.
a. in defendendo mandante. *ibid.* b. in
reconventionem. *ibid.* procuratoris il-
lius satisfactio. 71. b. & 72. a. b. pœ-
na procuratoris non defendentis aut
satisfactantis. 72. b. 73. a. b. in quibus a-
ctionibus hoc locum habeat. 73. a. *sub*
fin. & b. Procurator rei, quomodo ad
iudicium accipiendum cogatur. 73. b.
74. a. b. Quando procurator mutari
queat. 75. a. b. quomodo mutatio fiat.
ibid. b. quinam procuratores dare aut
dari possint. *ibid.* 76.
Procurator Cæsaris. 38.
Prodigus quis. 448. 449.
Promissum, quid. 354. a.
Protutor. 440.
Prudentum responsa, vide *Jurisconsulti.*
de Publiciana in rem actione. 164. ejus au-
ctor incertus *ibid.* Edictum de ea. *ibid.*
cui hæc actio detur. *ibid.* 165. 166.
167. 168. bona fides sufficit in emen-
te, nec huic actioni obstat, quod ven-
ditor callido consilio vendiderit, quia
dolus venditoris emptori non nocet.
166. b. contra quem detur hæc actio.
167. b. 168.
Pupillus ubi educari vel morari debeat.
435 Magistratus in hoc definiendo ad
quid attendat. *ibid.* Prætor interdum
cogit pupillum apud se recipere. *ibid.*
alimenta quæ complectantur. 436.
quantum in ea tutiori est impenden-
dum. *ibid.* a. ad id tutius est tutiori de-
creto Prætoris uri. *ibid.* a. & b. quid si
tutor nolit præbere pupillo alimenta.
ibid. b.
Q.
Quadrupes quid sit. 181. a.
Quæstor quis, quotuplex. 35.
Querelæ de inofficioso origo. 127. a. est
Centumvirale iudicium. *ibid.* non
præparatio tantum, sed ipsa hereditatis
petitio. *ibid.* b. & 128. a. b. quibus
competat. 129. a. liberis. *ibid.* an ad-
optatis a femina? *ibid.* a. an postu-
mis? *ibid.* b. etiam alienis. *ibid.* b. ex-
hereditatis aut præteritis quomodo?
130. a. necessaria est etiam ubi exhe-
redationis causa non est inserta. *ibid.*
b. competit parentibus. 131. a. b. fra-
tribus & sororibus. *ibid.* b. & 132. a. b.
priori ordine aut gradu ad querelam
non accedente, sequens ordo aut gra-
dus in ejus locum succedit. 132. b.
133. An Nov. 118. quid in his muta-
verit? 133. b. 134. a. Contra quem de-
tur querela. 134. a. Quid & quantum
ea petatur. *ibid.* & b. sitne locus in ea
juri adirendi? *ibid.* b. An exhere-
datus partem faciat. *ibid.*
Querelæ de inofficioso testamento effe-
ctus. 134. b. 135. a. & b. & *seq.* ejus
repulsa effectus. 136. a. & b. Quere-
la quando cesset. 136. b. 137. a. b. Is
qui non queritur, fratri non semper fa-
cit partem; sed tum demum, cum est
quæstio de computatione quartæ al-
teri legatæ. Aliud vero est, cum agi-
tur de querela, quæ ab initio pari jure
potest moveri a duobus exhereditatis,
neutri relicta quarta legitima. 138. a.
& b. Querelæ quo temporis spatio
præscribatur. 140. b. Finitur ea
morte exhereditati. 141. a. Cessetne ea
in testamento super pecuniis castrensi-
bus, & in militari. 141. b. An ubi li-
bera testandi facultas est ab Imperato-
re concessa? *ibid.* b. & 142.
Querens de inofficioso olim docere de-
bebat se immerentem, & ideo indigne
exhereditatum esse. 140. a.
Queri quorum sit? 120. b. 127. a.
Quia pro ubi. 207. b.
De Quibus rebus ad eundem iudicem eatur.
205.
Quod cum eo, qui in al. pot. &c. 270. vid.
Filius.
Quod iussu actio. 278. quando compe-
tat. *ibid.* a. b. iussu quid. *ibid.* quando
detur. 279.
Quod quisque juris in alterum statuerit, ut
ipse eodem jure teneatur. 41. pœna hu-
jus Edicti. 42. a. pertinet etiam ad
eos, qui jus iniquum impetrarunt.
ibid. an ad heredes eorum. *ibid.* b.
quando cessat Edictum. *ibid.*
R.
Rationalis. 38.
Rationibus distrahendis actio ex
xii. Tab. descendit. 438. b. unde
dicatur. *ibid.* ejus descriptio. *ibid.* &
439.
Redhibere quid sit. 355. a.
Religio loci quid efficiat. 155. b.
Religiosus locus quis. 212. b. & 213.
(conf. *Sepulchrum*) quis religiosum
locum facere possit. 213. a. effectus
ejus. *ibid.* quomodo locus definat esse
religiosus. *ibid.* & b. Edictum de ca-
davere injuste illato. *ibid.* b. an detur
actio ex eo. *ibid.* 214. a. contra quem.
215. a. ad quid. *ibid.* b. fuit actio de
cadavere illato in locum putum alte-
rius, sequitur actio de cadavere in sepul-
chrum alterius injuste illato. *ibid.* ad
quid ea detur. *ibid.* is qui tenetur hæc
actione, quasi reus est sepulchri vio-
lati. *ibid.* Edictum de eo, qui in locum
publicis usibus destinatum intulerit
mortuum. 215. b. Edictum de eo, qui
locum religiosum pro puro vendidit.
216. Edictum de sumptibus funerum.
ibid. actio ex eo dicitur funeraria.
ibid. a. qui sumptus illi sint. *ibid.* a. &
b. in quantum hæc detur actio. *ibid.* b.
217. a. cui hæc actio detur 217. b. ad-
versus quem. *ibid.* b. privilegium a-
ctionis illius. 218. a. est personale.
ibid. nec de pignoribus deducitur,
ibid. at quidem de investitis & illatis.
quamdiu ex his nihil pignoris jure
præclusum est. *ibid.* Edictum ut funus
ducere liceat. *ibid.* & b. Interdictum
de eo. 219. a. b. actio de eodem. *ibid.*
b. & 220. Interdictum de sepulchro
ædificando. 220.
Religiosus locus, vide *Res.*
Repræsentare quid. 408. a.
Repudium quid. 400. a. & b.
Res quomodo in quatuor species divi-
dantur. 27. a. communes quæ. *ibid.*
& b. a publicis jure naturali non sunt
diversæ. *ibid.* 28. 29. res jure civili
communes sive publicæ, i. e. res uni-
versitatis. 29. b. & 30. a. res nullius.
30. a. sacræ. *ibid.* & b. religiosæ. 31. a.
sanctæ. *ibid.* a. & b. pœna eas violan-
tium. 32. a. res singulorum. *ibid.* ea-
rum jura. *ibid.* & b. res porro sunt cor-
porales aut incorporales. *ibid.* corpo-
rales quotuplices iterum sint. *ibid.* &
33.
Res creditæ. 220. 223. b.
Rerum amotarum actio. 406. à Prætor
cur inducta. *ibid.* a. Prætor & de u-
xore & de viro amovente locutus est.
ibid. nec Edictum est ad concubina-
tum trahendum. *ibid.* at quidem ad
patrem viri filiam, & nurum. *ibid.* b.
amotæ res quæ dicantur, quid earum
appellatione hic venit. *ibid.* debent res
esse amotæ divortii causa, constante
matrimonio. 407. a. b. quæ res mariti
uxorisve dicantur. *ibid.* b. lecutum de-
bet esse divortium. *ibid.* & 408. hæc
actio in personam est. 408. ex delicto.
ibid. a. dicitur & conditio. *ibid.* & est
in simplum. *ibid.* ideoque rei persecu-
tio. *ibid.* est locus in ea iurijurando in
litem. *ibid.* datur statim post divor-
tium. *ibid.* nec pœnalis nec famosa est.
ibid. heredi datur. 408. b. quid si filia-
fam. res viro amoverit. *ibid.* in hac a-
ctione conjuges beneficio competentie
non gaudent. *ibid.* b. datur hæc actio
& in heredem. 409. potest & conjux,
interdum iurijurandum alteri conjugi
deferre, nihil esse amotum. 409.
Rei uxoris actio quomodo sublata fue-
rit. 405. vide *Dos soluto*, &c.
Respublica pro minore haberetur respectu
in integrum restitutionis. 94. a.
Restitutio in integrum quid sit. 84. a.
causæ ejus. *ibid.* b. & 85. petitur causa
cognita. 85. a. quid in ea verratur.
ibid. b. ne non propter minimum quid
petatur. *ibid.* b. nec plus semel eadem
de re petatur. *ibid.* ubi petenda illa est.
86. a. intra quod tempus. *ibid.* a. resti-
tutionis effectus. *ibid.* b.
Restitutio in integrum ob metum. 86.
Edictum de ea. *ibid.* quis metus hic
intelligatur. *ibid.* 87. a. b. Prætor me-
tu gesta rata non habet. 87. b. *sub fin.*
& 88. a. b. quomodo. 88. a. & b. sint-
ne ita gesta ipso jure nulla. *ibid.* &
89. a. Actio quod metus causa. 89. cui
detur. *ibid.* contra quem. 89. a. & b.
ad quid. 90. a. b. quamdiu. *ibid.* an in
heredem detur. 91. in princ. a. b. quæ
actiones cum ea concurrant. *ibid.*
Restitutio in integrum ob dolum. 91.
Restitutio in integrum ob minorem æ-
tatem. 91. quæ minor ætas sit. 91. b.
lege Latoria fuit definita. *ibid.* & 92.
curatorum minorum historia. 92. a.
venia ætatis quando iis concedatur.
ibid. quo tempore minor læsus esse de-
buerit, ut in integrum restituatur. *ibid.*
b. & 93. a. quid si quis die bissextro
fuerit natus. 93. a. & b. an tam patris-
quam filios, hic subveniatur. *ibid.* b.
hoc remedium ad servum non perti-
net. *ibid.* quid si minori, dum læsus est,
tutor aut curator ejus adfuerit. *ibid.* b.
& 94. a. Respubl. pro minore habe-
tur. 94. a. a quibus rebus in integrum
restituatur. 94. a. & b. qua forma fiat
restitutio. *ibid.* b. quid in causæ cogni-
tione vertatur. 95. a. effectus restitu-
tionis. *ibid.* b. an minor contra mino-
rem restituatur. 96. a. an & ejus fide-
jussori hæc restitutio prodest. *ibid.* b. est
hæc restitutio ultimum minoris auxi-
lium. *ibid.* quibus in causis cesset in in-
tegrum restitutio. 97. b. & 98.
Restitutio in integrum ob capitis deminutionem. 98. 99. a. b. conf. *Capitis deminutio*.
Restitutio in integrum ob absentiam et-
iam majoribus xxv. annis competens.
100. conceditur, si quid deminutum
fuerit de bonis absentis. 100. b. quæ
absentia intelligitur. *ibid.* & 101. a. b.
102. læsio per absentiam quomodo
contingat. 102. an refert, reliquerit-
ne quis procuratorem an non. *ibid.* b.
& 103. quid si absens læserit alterum.
103. a. b. variæ absentia Causæ. *ibid.*
b. & 104. a. reliqua h. tit. vide
mox.
Restitutio in integrum, ex generali Edi-
cti clausula. *Item si qua mihi alia iusta*
causa esse videbitur, &c. 104. a. b. quid
a Prætor restituatur. *ibid.* b. & 105.
a. b. & quidem restitutio in rem sit.
105. b.
Restitutio in integrum ob alienationem
judicii mutandi causa factam. 106.
forma ejus non per omnia est eadem
supe-

superioribus, *ibid.* a. hujus indoles, *ib.*
 Edictum de ea, *ibid.* b. alienatio quid.
ibid. b. 107. a. b. non refert, qualia ju-
 dicia mutantur. *ibid.* b. & 108. a.
 Restit. ob alien. dolus adfuisse debuit in
 proposito iudicii mutandi, 108. a. de-
 buit & concurrere effectus, *ibid.* b.
 actio in factum ad coercendum hunc
 dolum comparata, *ibid.* b. *sub*
fin. & 109. a. b. insuper & dominus
 vindicationem habet, 109. sitne ergo
 hoc Edictum necessarium, *ib.* b.
 Restitutio in integrum a negotio cum
 pupillo gesto falso tutore auctore.
 440. 441.
 Reus quis? 122. a.
 Rhodia lex de jactu, 265. quo modo ja-
 ctus debeat fuisse factus, ut contribu-
 tioni sit locus, & an extendatur & ad
 alios casus præter jactum, 265. a. b. &
 266. a. quid si navis fuerit a piratis
 redempta, 266. b. *sub fin.* & 267. a. na-
 vis per jactum salva evasisse debuit.
 267. a. a quibus fiat contributio, *ibid.*
 b. quomodo facienda sit, *ibid.* & 268.
 a. qua actione obtineatur, 268. a.
 & b.
 Roma communis Romanorum patria.
 124. a.
 Romæ periculum in viis a dejectis & ef-
 fusis ex cœnaculis, 184. a. & b.

S.

Sacræ res, vide Res.
 Sanctæ res, vide Res.
 Satisfactio quid, 47. a. b. idonea quæ sit.
ibid. & 48. a. ejus effectus, 48. a.
 & b.
 Secretum quid notet, 371. b.
 Senatores qui, 33.
 Senatusconsultum quid, 7. a. insignitur
 appellatione legis, 272. a.
 Sententia quid, 112. b.
 Sepulchrum quid, 214. b. quod duplex,
ibid. b. 215. conf. Relig.
 Sepulchri violati rei sunt, qui mortuum
 in alienum sepulchrum inferunt sine
 jure, 215. a. & b.
 Sequestrum a deposito non differt, 289.
 a. vide Depositum.
 Serviana actio quæ sit, 343. a. quasi Ser-
 viana, non interpretationi Pruden-
 tum, sed Edicto alterius Prætoris de-
 betur, *ibid.* non ei obest pacta anti-
 chresis *ibid.* cui detur, 343. b. adver-
 sus quem, *ibid.* quando, *ibid.* ad quid
 detur, arbitraria est, & officium judicis
 in ea, *ibid.* & 344. vide reliqua in Pi-
 gni.
 Servitus quid, 16. a. origo ejus, *ibid.* b.
 quomodo servi fiant, *ibid.* a. & b.
 De Servitutibus, 168. 169. 170. Servitus
 per excellentiam realis dicitur, 170.
 alia in solo, alia in superficie confi-
 stunt, hæ urbanæ, illæ rusticæ appel-
 lantur, *ibid.*
 Servius urbana quæ, 171. altius tollen-
 di & officiendi luminibus vicini, *ibid.*
 a. altius non tollendi, *ibid.* ejusque est
 utilitas, ne luminibus officiatur, *ibid.*
 & b. non tamen prohibitum impo-
 nere viridaria ædibus altius non tol-
 lendis, *ibid.* b. ne luminibus officiatur,
ibid. quæ & lumen, & servitus lumi-
 num dicitur, *ibid.* 172. 173. a. b. pro-
 spectus, 173. b. tigni immittendi, o-
 neris ferendi, 173. b. 174. a. stillicidii,
 fluminis, 174. a. b. projiciendi, prote-
 gendi, *ibid.* b. Rusticæ quæ, 174. &
 seqq. iter, 174. b. a. actus, 175. a. via,
 175. a. b. aquæ ductus, 176. a.
 aquæ haustus, 176. b. 177. a. pecoris
 ad aquam appulsus, 177. a. jus pas-
 cendi, *ibid.* calcis coquendæ & arenæ
 fodientiæ, 177. a. & b. lapidis exi-

mendi, ædificandi ejus gratia, quod in
 fundo sit, *ibid.* & c.
 Servitutes quæ ab initio dumtaxat rulli-
 cæ fuere, temporis progressu etiam ur-
 banæ esse cœperunt & contra, 178.
 a. b.
 Servitutum tam rusticarum quam urba-
 narum communia, 178. requirunt
 prædia duo, *ibid.* a. vicina, *ibid.* b.
 ad prædii utilitatem pertinere debet
 servitus, 179. a. ceteræ regulis juris, *ib.* a.
 sufficiatne, modo hæc utilitas futura
 sit, 179. b. constituenda est servitus a
 dominis prædii utriusque, *ibid.* &
 180. a. & quidem dominis in solidum,
 180. a. nec tamen opus, cum domi-
 num esse omni jure; cum sit dominus
 omni modo, *ibid.* ut usucapiens, super-
 ficiarius, an fructuarius, *ibid.* servitu-
 tes omnes prædiorum debent perpe-
 tuam habere causam, *ibid.* & b. earum
 natura est, non ut aliquid faciat quis,
 sed ut aliquid patiat, aut non faciat,
 180. b. 181. a. modi constituendi ser-
 vitutes communes utrisque sunt, 181.
 a. natura est modus constituendi ser-
 vitutem, proprius aquæ, *ibid.* b. ad com-
 munia servitutum pertinet actio con-
 fessoria & negatoria, 181. & modi, qui-
 bus servitutes amittuntur, *ibid.* c. g.
 interitus alterutrius prædii, *ibid.* con-
 fusio, *ib.* remissio, *ib.* a. ea quippe amit-
 tit dominans servitutis possessionem,
ibid. b. interitus juris constituentis,
ibid. temporis aut conditionis eventus,
ibid. non usus, 182. accedente in ur-
 banis libertatis usucapione, *ibid.* b.
 Ut Servitus amœnitatis causa constitui
 possit, postea est inductum, quamvis ex
 regulis juris hoc initio non liceret, c. g.
 ut in alieno spatium liceat, 174. a. b.
 Servus an personam standi in judicio ha-
 beat, ut actor, 2. 120. b. un ut reus,
 122. a.
 Servus corruptus quis dicatur, 205. a.
 actio ea occasione competens, *ibid.*
 quid si filius, sit corruptus, *ibid.* & b.
 quid si quis servum proprium, 206. a.
 quid si communem corruerit, *ibid.*
 modi corrupendi, *ibid.* & b. debet id
 fieri dolo malo, *ibid.* & 207. a. ad-
 versus quem hæc actio detur, 207. a.
 cui detur, *ibid.* an bonæ aut malæ fidei
 possessori, *ibid.* & b. 208. a. quid juris
 sit, servo vel a domino proprietatis, vel
 ab ipso fructuario, vel a tertio corrup-
 to, 208. a. quid si servus pignori da-
 tus corrumpatur, *ibid.* ad quid hæc
 detur actio, *ibid.* & b. 209. a. aliæ hu-
 jus actionis qualitates, 209. b.
 Simpliciar, seu potius simpulariæ, vendi-
 tiones sunt venditiones rerum minu-
 tarum, 351. a.
 Si quis jus dicenti non obtemperaverit, 42.
 quis ita agere dicatur, *ibid.* & 43. a.
 b. quæ actio eo nomine in eum detur,
ibid.
 Sita res facit forum competens in actio-
 nibus in rem, 125. a.
 Societas, Edictum de ea, 298. a. socie-
 tatis indoles, *ib.* & a. 299. specialis socie-
 tas, 299. a. Omnium bonorum socie-
 tas, *ibid.* b. quid in eam veniat, *ibid.*
 quid a sociis conferri queat, *ibid.* b.
 300. a. partes lucris & damni quæ in-
 ter socios futuræ sint, si nihil de hoc
 pactum sit, 300. a. b. quomodo de
 iis pacisci liceat, *ibid.* b. 301. a. quo-
 modo contrahi societas queat, 301. a. b.
 quomodo solvatur, *ib.* b. & 302. a. a-
 ctio pro socio qualis sit, 302. a. cui
 detur, contra quem, ad quid, *ibid.* & b.
 personales præstationes in quibus
 consistant, 302. b. quam culpam præ-
 ster socius, *ibid.* & 303. a. sitne ne-
 gligentia socii cum majore ejus dili-

gentia compensanda, 303. a. & b.
 quid de impensis statuendum, *ibid.* b.
 competentia beneficium loci, *ibid.* b.
 & 304.
 Solarium idem cum heliocamino, 172. a.
 Solutionis partialis exemplum, 153. a.
 Sperare pro credere, etiam pro timere,
 157. a.
 Sponsalia quid sint, 373. a. nudus in iis
 consensus sufficit, *ibid.* quorum con-
 sensus requiratur, *ibid.* & b. sc. co-
 rum, quorum in potestate sunt con-
 trahentes, *ibid.* a. & ipsorum contra-
 hentium, *ibid.* quæ ætate sponsalia initi
 queant, *ibid.* b. an nuptiæ ante pu-
 bertatem initæ jure sponsaliorum va-
 leant, *ibid.* b. *sub fin.* Sponsalia initi
 non possunt, inter quos prohibitum
 est matrimonium, 374. modo eadem
 sit prohibendi ratio, *ibid.* Jus & effe-
 ctus sponsaliorum, *ibid.* a. Quid si in-
 tervenerint artus sponsalitiæ? *ibid.* b.
 Stabularius vide Nauta.
 Status favor, 120. a.
 Status hominum, vide Homines.
 In Substitutione non ponitur repetita li-
 bertas, quæ in institutione data est,
 quamvis potest in dubio repetita vide-
 ri, 139. a.
 Sui heredis jus, 128. a.
 De positis & suspensis actio, vide in pos-
 tis.
 De positis & suspensis, 186. b. 187.
 Syndicus Universitatis quis, 76. & 77.

T.

Tempus continuum & utile, naturali-
 ter & civiliter computatum, 52. b.
 Testamentum licentiam testandi ab Im-
 peratore nacti ordinarium est, non
 privilegiatum, 142. a. b.
 Testis, 370. etiam testimonia dicuntur,
ibid. a. qui sint, *ibid.* ubi eorum usus
 sit, *ibid.* quibus interdictum sit testi-
 monium, *ibid.* sc. servis, ubi alii sunt
 testes, *ibid.* Sed nec servis fides habe-
 tur, nisi torqueantur, *ibid.* a. sic furio-
 sus, mente captus, improbi & intesta-
 biles esse legibus jussi, quibus nec alii
 testimonium dicere possunt, insigniter
 famosi, quæ corpore palam quæstum
 facit, judicio publico damnatus,
 quive in vinculis custodiave publica
 erit, item qui ob testimonium dicen-
 dum vel non dicendum pecuniam ac-
 cepisse judicatus vel convictus erit, hi
 omnes prohibentur, *ibid.* a. & b. sic
 & vulgariter infames quadantenus,
ibid. b. sic & in criminalibus minores
 annis xxv. *ibid.* b. mulier in testa-
 mento, *ibid.* an hermaphroditus, *ibid.*
 nemo in propria causa, *ibid.* non filius
 patri, aut vicissim, *ibid.* domesticum
 testimonium improbat, *ibid.* quid
 de hereticis statuatur, 371. a. Testes
 inviti esse coguntur, *ibid.* quando per-
 sonæ, alias inhabiles admittantur,
ibid. Quidam prohibentur cogi ad te-
 stimonium dicendum, *ibid.* a. quis nu-
 merus testium variis in negotiis re-
 quiratur, *ibid.* & b. alia requisita in
 testibus, *ibid.* b.
 Tignum alieno ædificio junctum quod
 jus habeat, 156. b.
 Transactio, 53.
 Tributaria actio quando locum habeat,
 269. a. negotiatum esse debuit super
 merce pecuniari, *ibid.* b. & 270. cui
 hæc detur actio, 270. a. adversus
 quem, *ibid.* datur adtributionem fa-
 ciendam, *ibid.* & b. qualis hæc sit a-
 ctio, *ibid.*
 Tueri quid notet, 412.
 Tutela unde dicta, 412. ejus significatus,
ibid. definitio, *ibid.* a. b. divisio, *ibid.*
 R r testa-

INDEX RERUM & VERBORUM.

- testamentaria origo, 413. a quibus hæc tutela detur. *ibid.* a. quibus detur. *ibid.* b. 414. a. an bonis detur. 414. a. quomodo hæc tutela danda sit. 414. b. quis tutor dari queat. *ibid.* hæc datio & diem & conditionem recipit. *ibid.* quis tutor dari nequeat. *ibid.* b. 415. a. ubi hæc tutela detur. 415. a. b. effectus hujus tutelæ dationis rite factæ. *ibid.* b. quando testamentarii tutores satisfiunt. *ibid.* 416. a. filiis dari tutores, quibus dari videantur. 416. liberis dari, quibus. *ibid.* Testamentarii tutores non rectè dati. *ibid.* interdum confirmantur. 416. a. à quo. *ibid.* quomodo, si a patre sint dati. *ibid.* quomodo, si a matre. *ibid.* quomodo, si a patrono, alioue extraneo. 417. a. confirmationis tutoris effectus. *ibid.* confirmatus tutor quædam a dativo mutatur, quædam a testamentario. *ibid.* Legitima tutela unde descendat. *ibid.* quando ei locus sit. 418. a. quibus deferatur. *ibid.* a. patronorum, parentum, fiduciaria tutela. 418. 419. Atiliana, sive dativa tutela. 419. a. quibus Magistratibus permittatur, & quo jure. 419. 420. quo modo detur hic tutor. 420. a. b. personæ tutor datur. 420. b. tutorem habenti tutor dari nequit. 421. a. Peritur tutor, ubi Prætori dantur nomina eorum, qui petuntur ab eo constitui. 421. a. pupillus sibi ipse tutorem petere nequit. *ibid.* a. hinc tutor pupillis invitis dari dicitur. *ibid.* qui ex voluntate tutores petant. *ibid.* qui ex necessitate. *ibid.* a quo petantur. *ibid.* 424. a. pœna matris non petentis. *ibid.* b. 425. a. ejus temperamentum. *ibid.* b. 426. a. Libertietiam tutorem petere debent. 426. a. tutor cogitur tutelam gerere. 426. a. & ubi plures sunt, unus potius administrare debet. *ibid.* b. ejus satisfactio, antequam gerat. 427. a. *princ.* inventarii confectio. *ibid.*
- Tutelæ administratio a. 427. tutor in ea pro domino est. *ibid.* pupillum ali, educari rectè curare debet. 427. pro pupillo experiri in judicio potest. *ibid.* b. tam in agendo, quam in defendendo. *ib.* quid si pupillo solvendum sit. *ibid.* *sub fin.* 428. a. tutor solvere pro pupillo potest. *ib.* 428. a. quæ alia erogare ipsi sit permittum. *ibid.* quid si pater quædam de administratione disposuerit in testamento. *ib.* b. periculum tutelæ. *ibid.* b. ad quæ tutor teneatur. *ib.* tutorum beneficia, ubi plures sunt. *ibid.* b. tutelæ actiones. *ib.*
- Tutoris auctoritas quid sit. 428. a. quando sit necessaria pupillo. *ib.* b. si absque ea pupillus egerit. 429. a. an tutor ad eam præbendam cogi possit. *ib.* quomodo ea interponenda sit. *ib.* a. latine sit, si ab uno interponatur. *ib.* a. in quibus negotiis interponi queat. *ibid.* b. forma interpositæ ejus *ib.* quando interponenda sit. *ibid.* b. 430. a. b.
- Tutoris factum quomodo pupillo & in eum pariat actionem. 430. a. b. an & dolus ejus. *ib.* b. & 431. a. dissensus Veterum. 431. a. b.
- Tutela suspecti tutoris remotione finitur aliisque modis. 431. a. suspectus tutor quis sit. *ib.* b. 432. a. unde descendat suspecti postulatio. 432. a. apud quos Magistratus facienda. *ibid.* qui tutores ut suspecti postulari queant. *ib.* b. qui eos postulare queant. *ib.* b. 433. a. quibus ex causis suspecti removeantur. 433. a. postulationis suspecti effectus. *ib.* b. remotionis effectus. 433. b. 434. a. b. aliæ pœnæ suspecti. *ibid.* b.
- Tutelæ Excusatio, quid. 434. a. intra quod tempus proponenda. *ib.* b. fit vel in totum, vel in partem. *ib.* b. 435. a. olim appellabatur ab ipsa datione, hodie a rejectione causæ excusationis. 435. a. excusatio pro tribunali est proponenda. *ib.* b. plures proponendæ sunt. *ibid.*
- Tutelæ actio directa. 436. a. b. qualis sit, quando detur. 437. a. de quo detur. *ib.* b. de non gestis datur tantum utilis tutelæ actio. *ib.* b. ad quid tutor teneatur. 438. a. in quantum. *ib.* exceptiones siue beneficia tutoribus competentia. *ib.* b. 439.
- Tutelæ actio contraria. 439. nullum de ea fuit Prætoris Edictum. *ib.* a. ejus descriptio. *ib.* b. 440. a. b.
- Tutor falsus si auctoritatem suam interposuerit. 440. a. b. Prætor in integrum restitutionem concedit. *ib.* 441. a. porro quæ actio in tutorem illum detur. 441. a. cui detur, contra quem, ad quid. *ib.* b.
- Tutorum fidejussor, nominator, & heres. 441. a. fidejussor tutoris etiam ex nudo pacto tenetur, si a tutore nominetur, diciturque is nominator tutoris. *ibid.* vis hujus fidejussionis. *ib.* b. 442. quid si plures tutores sint, & a singulis fidejussores singuli fuerint dati. 442. a. b. tutoris heres quatenus teneatur. *ib.* b. 443. a. b.
- Tutelæ gestæ nomine, quatenus Magistratus conveniri queant. 443. quando actioni subsidiariæ tunc locus sit. *ib.* a. cui ea detur. *ib.* a. b. contra quem. *ib.* b. an contra ejus heredes. 444. a. an in ordinem Decurionum. *ib.* b. in quantum detur. *ibid.* b.
- Tutor alienandi jus an habeat, vide *Minorum bona*.

V.

Vestigalis ager vide *Emphyteusis*.
Vellejanum SC. quando factum. 279. verba ejus. *ibid.* b. intercedere quid. 280. a. b. 281. a. quæ feminæ hoc beneficio gaudeant. 281. a. b. quomodo juventur. *ib.* b. 282. a. b. quomodo creditor succurritur, ne in damno sit. 282. b. quando SC. cesserit. *ibid.* an renuntiando. *ibid.*

FINIS.

INDEX LEGUM,

Aliorumque ex Antiquitate Fragmentorum, quæ illustrantur, explicantur, aut emendantur.

Ex Institutionibus.		S. I. si quadrup. paup. fec.		E Digestis.	
<i>pr. de nupriis.</i>	375. b. seq.				
<i>§. 2. de suspect. tut.</i>	432. b.				
<i>pr. de ver. divif.</i>	28. a. 27. a. b.				
<i>§. 29. eod.</i>	156. b.	<i>l. 1. de justit. & jur.</i>	183. a.	<i>l. 21. eod.</i>	11. b.
<i>§. 35. eod.</i>	150. a. b.	<i>l. 9. eod.</i>		<i>l. 24. eod.</i>	11. b.
<i>§. ult. de inoffic. test.</i>	139. b.	<i>l. 1. de legib.</i>		<i>l. 31. eod.</i>	11. a.
<i>pr. de eme. & vend.</i>	304. b. 319. a.	<i>l. 2. eod.</i>		<i>l. 34. eod.</i>	13. a.
<i>§. 14. de actionib.</i>	246. a.	<i>l. 7. eod.</i>		<i>l. 4. pr. de statu homin.</i> 15. b.	<i>§. 1. 2. 3.</i>
<i>§. 30. eod.</i>	258. a.	<i>l. 16. eod.</i>		<i>l. 5. pr. eod.</i> 16. b. <i>§. 1. eod.</i> 16.	<i>od.</i> 16. a.
					<i>a. §. 3.</i>
					<i>10d.</i> 17. a.
					17. a.
					14. b.
					<i>l. 9. eod.</i>

INDEX LEGUM.

l. 9. eod.	15. a.	l. 4. eod.	87. a.	l. 2. §. 1. eod.	197. a
l. 14. eod.	14. b. sub fin. a.	l. 1. pr. eod.	87. b. 88. a.	l. 1. §. 1. famil. erc.	193. b
l. 25. eod.	17. a.	l. 14. §. 11. eod.	90. a. b.	l. 25. §. 1. eod. 194. b §. 16. eod.	195. b
l. 1. §. 1. de his, qui sui vel al. iur.	18. a. §. 2.	l. 18. eod.	91. b.	l. 37. eod.	193. b
	eod. 18. b.	l. ult. §. ult. eod.	86. b. 87. a.	l. 43. eod.	194. a
l. 2. eod.	19. a.	l. 27. de dolo malo.	357. a.	l. 154. eod.	ib. b.
l. 3. eod.	19. a.	l. 1. §. 1. de minorib.	91. a. b. l. eqq. §. 3.	l. 4. §. 1. commun. divid.	196. b
l. 6. eod.	21. b. à prin.	eod. 91. b. 92. a. 423.	92. a.	l. 3. ad exhibend.	198. a b
l. 3. de adoption.	24. b.	l. 2. eod.	92. a.	l. 9. §. 5. 6. eod.	202. b 163. a
l. 6. eod.	23. b.	l. 3. pr. eod. 92. a. §. 1. eod. 92. b. §. 2. eod.	l. 12. §. 3. eod.	l. 12. §. 3. eod.	200. a b
l. 8. eod.	25. b.	93. a. §. 3. eod. 93. a. §. 4. eod. 93. b.	l. 13. eod.	l. 21. de interrog. in iur.	198. b
l. 19. eod.	26. a.	l. 16. pr. eod. 97. a. b. §. 4. eod.	321. a.	l. 1. §. de servo corrupt.	204. a
l. 34. eod.	23. a.	l. 24. §. ult. eod.	95. a.	l. 1. §. de servo corrupt.	206. a
l. 35. eod.	24. a.	l. 27. §. ult. eod.	98. b.	207. b §. 2. eod.	206. a b
l. 44. eod.	23. b. 24. a.	l. 41. eod.	96. a.	l. 10. eod.	209. a
l. 2. de divis. rer.	27. a.	l. 2. §. 2. de cap. min.	100. b.	l. 11. eod.	208. b 209. a.
l. 4. pr. eod.	28. b. §. 1. eod. ibid.	l. 7. pr. eod.	99. a. b.	l. 14. §. 1. eod.	209. a
l. 5. §. 1. eod.	29. b.	l. 10. eod.	99. b.	l. ult. pr. de aleator.	211. a b
l. 6. pr. eod.	29. a.	l. 1. §. 1. ex quib. caus. maj.	100. a. b.	l. 2. §. 1. de Religios.	214. b §. 2. eod. 215. b
l. 9. eod.	30. b.	l. 2. §. 1. eod.	100. b.	l. 9. eod.	219. b
l. ult. eod.	31. b.	l. 4. eod.	101. a.	l. 14. §. 7. eod.	217. a
l. 12. §. 1. de Senator.	32. b.	l. 5. eod.	ib.	l. 37. pr. §. 1. eod.	216. a b
l. 1. §. 12. 13. de offic. Praef. Urb.	35. b.	l. 15. §. 3. eod.	102. a.	l. 1. de reb. cred.	220. a
l. 3. §. 1. & seqq. de offic. Praef. Vig.	36. b.	l. 27. eod.	102. b.	l. 2. §. 1. eod.	221. a
l. 4. eod.	ib.	l. 32. eod.	101. a.	l. 9. pr. eod. 223. a b §. 8. eod.	224. a
l. ult. eod.	ib.	l. 4. §. 1. de alien. lud. mut.	105. a.	l. 17. eod.	121. a
l. 7. §. 2. de offic. Procons.	38. b.	l. ult. eod.	106. b.	l. 1. de iurejurand.	226. a
l. 9. eod.	ib.	Rubr. de receptis.	110. b.	l. 28. §. 1. eod.	229. a §. 3. eod. 229. a
l. 7. de iurisdic.	39. a. l. eqq.	l. 11. §. 1. eod.	111. a. & b.	§. 4. eod. 228. a	
l. 9. eod.	41. a.	l. 33. eod.	113. a. sub fin.	l. 34. pr. eod. 232. b §. 1. eod. 231. a §. 2	
l. 13. pr. eod.	123. a.	l. 39. eod.	114. b. 115. a.	eod. 231. b §. 8. eod. 232. a	
l. 1. §. 1. quod quisq. iur. in alt.	41. b.	l. 1. pr. naut. caus. stab.	117. b. §. 1. eod.	l. 37. eod.	231. a
ibid. & 42. b. §. 2. a.	116. a. §. 2. eod. ibid. a. §. 3. eod. ibid.	116. a. §. 2. eod. ibid. a. §. 3. eod. ibid.	a. b.	l. 41. eod.	228. a
l. 3. eod.	42. a.	l. 3. §. 1. eod.	117. b.	l. 1. de in lit. iurand.	237. a b
l. un. §. 1. si quis ius dic. n. obt.	42. b. sub fin. & 43. a.	l. 12. §. 2. de iudic.	123. a.	l. 3. eod.	234. a
l. de in ius voc.	44. b.	l. 19. §. 2. eod.	125. a.	l. 5. eod. 234. b. 235. a 236. a Rubr. de	
l. ut iusq. cog.	47. a.	l. 23. eod.	158. a.	condict. caus. dat. 237.	
l. 2. §. 2. eod.	48. a.	l. 38. eod.	125. a.	l. 4. eod.	237. b
l. 6. eod.	47. b.	l. 43. eod.	125. a.	l. 6. eod.	238. a
l. 7. eod.	48. a.	l. 6. pr. de in offic. testam.	248. b.	l. 10. eod.	237. a
l. 10. eod.	129. b.	eod. 133. a.	129. b. §. 1.	l. ult. pr. eod. 238. b. 239. a b §. 1. eod.	
l. 1. si ex noxal. caus. ag.	49. a.	l. 8. §. 5. eod. 141. a. §. 8. eod. 138. a. §. 9.	eod. 133. a.	l. 2. §. 2. de condict. ob turp.	381. b
l. pen. eod.	49. a.	eod. 138. b. & 139. a. §. 16. eod. 134. b.	138. a. §. 9.	l. 4. §. 1. eod.	24. b
l. 6. de feriis.	51. a. b.	l. 9. eod.	140. b.	l. 27. de condict. indeb.	239. b. 24. a
l. 8. eod.	52. b.	l. 10. pr. eod. 136. b. §. 1. eod.	137. a.	l. 4. de condict. furtiv.	248. a
l. 1. pr. de edendo. 54. a. §. 1. eod. 53.	l. 14. eod.	l. 14. eod.	132. b.	l. 7. pr. §. 1. eod.	244. b
a. b. §. 4. eod. 52. b. sub fin. & 55. a.	l. 15. eod.	l. 15. eod.	131. a.	l. 2. §. 2. 3. de eo quod cert. loc. 248. &	245. a
§. ult. eod. 56. a.	l. 21. §. 2. eod.	l. 21. §. 2. eod.	127. a. sub fin. & b.	a. b. 24. §. 4. eod. §. 7. eod. ib. b. & 250. a	
l. 6. §. 2. eod.	56. a.	l. 24. eod.	132. a.	l. 8. eod.	250. b. 251. a
l. 1. §. 3. de postuland. 67. a. §. 5. eod. 57.	l. 27. §. ult. eod.	l. 27. §. ult. eod.	135. b.	l. pen. eod.	250. b
b. §. 6. eod. 57. a.	l. 28. eod.	l. 28. eod.	135. b. & 136. a.	l. ult. eod.	251. b
l. 1. pr. de his, q. not. inf. 60. 61. l. eqq.	l. 29. §. 3. eod.	l. 29. §. 3. eod.	129. a.	l. 16. §. 1. de pecun. constit.	248. a
l. 2. §. 1. eod.	§. 2. eod. 61. b.	l. 30. eod.	131. a.	l. 21. §. 2. eod.	255. a
a. b. §. 5. eod. 62. a. b.	l. 16. pr. de hered. per.	l. 16. pr. de hered. per.	145. b.	l. 4. de pignorat. act.	344. a
l. 4. d.	62. a. b. 63. a.	l. 20. §. 4. eod.	145. b.	l. 13. eod.	345. b
l. 5. 2. eod.	64. a.	l. 22. eod.	149. a.	l. 4. eod.	341. a b
l. 6. §. ult. eod.	64. b. & 65. a.	l. 1. de rei vindic.	154. a.	l. 1. §. 8. de exercit. act.	264. a
l. 9. eod.	66. b.	l. 3. eod.	156. b.	l. 2. §. 1. de L. Rhod. de iact.	265. b 266.
l. 13. §. 7. eod. 64. a.	68. b.	l. 6. eod.	155. a.	l. 2. eod.	26. b
l. 23. eod.	68. b.	l. 27. §. 1. eod.	157. b. & 158. a.	l. 4. §. 1. eod.	267. b
l. 1. de procurat.	69. b. & 70. a.	l. 66. eod.	157. a.	l. 5. eod.	267. a
l. 33. pr. eod. 68. b. §. 1. eod. ib. §. 3. eod.	70. b.	l. 68. eod.	236. b.	l. 6. eod.	266. a
l. 34. eod.	71. a.	l. 1. §. 2. De Public. in rem. act.	164. b. &	l. 3. §. 1. de tribut. act.	431. b
l. 35. §. 3. ult. eod.	& 74. b.	l. 7. §. 2. eod.	165. a.	l. 3. §. ult. de SC. Macedon.	274. a
l. 39. §. ult. eod.	73. b.	l. 9. §. 2. eod.	166. a.	l. 7. §. 7. eod.	275. b
l. 42. §. 1. eod. 68. b. §. 3. eod.	68. a.	l. 11. §. 1. eod.	167. b. §. 5. eod. 119. a.	l. 1. §. 1. ad SC. Vellej.	279. 280. l. eqq.
l. 43. §. ult. eod.	74. b.	l. 10. de iun. & habit.	178. b.	l. 1. de compensat.	283. a
l. 76. eod.	ib.	l. 5. de servitut.	170. b.	l. 19. eod.	283. b
l. 1. pr. §. 1. quod cuiusque univers.	76. a.	l. 4. de servit. prad. urb.	181. b.	l. 1. §. 4. deposit. 291. b §. 5. eod. 292. a §.	
l. 2. eod.	76. a.	l. 11. eod.	171. b. l. eqq.	16. eod. ib.	
l. 3. eod.	76. b. & 77. a.	l. 40. eod.	172. b.	l. 6. §. 5. eod.	294. b
l. 3. pr. de negot. gest. 77. a. §. 4. eod. 78. a.	l. 1. de servit. prad. rust.	l. 1. de servit. prad. rust.	173. a.	l. 17. §. 1. eod.	289. a
§. 5. eod. 79. b. §. 6. eod.	80. a. §. 10.	l. 2. eod.	174. a.	l. 20. eod.	290. b
	eod. 79. b.	l. 6. pr. §. 1. eod.	178. b.	l. 3. eod.	290. a
l. 6. §. 3. eod.	79. a.	l. 23. eod.	177. a b.	l. 32. eod.	292. b 293. a
l. 10. eod.	82. a.	l. 9. §. servit. vind.	176. a.	l. 48. §. ult. eod.	294. & 295
l. 23. eod.	81. a.	l. ult. eod.	175. b.	l. 10. pr. mandati.	297. b
l. 34. eod.	82. b.	l. 1. §. 7. si quadrup. paup. fec.	179. b.	l. 29. eod.	297. a
l. 1. pr. de calumniat. 83. a §. 3. eod. 84. b.	ib.	§. 10. eod.	183. a b.	l. 7. profocio.	299
l. 4. eod.	85. a.	l. 5. §. 12. de his q. effud. vel. dej.	182. b.	l. 29. pr. §. 1. eod.	300. a
l. 3. de integr. rest.	86. b.	& 187. a §. 13. eod.	186. b.	l. 43. eod.	302. a b
l. 5. eod.	85. a.	l. 1. fin. regund.	187. a b.	l. 52. §. 2. 3. eod.	302. b. & 303. a
l. 6. eod.	85. b. sub fin.	l. 4. §. 1. eod. 191. b	191 b.	l. 6. eod.	303. b
l. 1. quod mot. caus.	86. a. l. eqq.	b §. ult. eod.	190. a.	l. 7. de contrah. emt.	306. a
				l. 8. pr. eod.	309. b

I N D E X L E G U M

AMICE LECTOR.

Notandum; Quod in hoc Tomo Pag. 275. 276. 277. & 278. per incuriam eorum, qui ordinant characteres, bis inveniuntur numeratæ; in ordine tamen Materiæ nihil est erratum; quod hic admonitum volumus, ut Lector materiam, quam non invenit in una ex his quatuor, quærat in aliis quatuor etiam sic numeratis.

F I N I S.



Noodt, Gerard, 1647-1725

Gerardi Noodt, Noviomagi, Iurisconsulti Et Antecessoris, Opera Omnia Ab
Ipso Recognita, Aucta, Emendata, Multis In Locis, Atque In Duos Tomos
Distributa
Bd.: 2

Coloniae Agrippinae 1763

2 Jur.opp. 58-2

urn:nbn:de:bvb:12-bsb10495362-4

VD18 80318622-001